

**Coordenadores:**

**Plinio Lacerda Martins**

**Guilherme Magalhaes Martins**

**Marcos Cesar de Souza Lima**

# **HERMENEUTICA JURIDICA: A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NA SOCIEDADE**

**PPGDIN - UFF**

ANDRE ROBERTO DE SOUZA MACHADO

JOSE RENATO TORRES

EDUARDO CHOW DE MARTINO TOSTES

MARCELLA DA COSTA M. DE PAIVA

EDSON ALVISI NEVES

NEWTON AUGUSTO C. DE OLIVEIRA

FLAVIO DE ARAUJO WILLEMAN

PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA

FRANCISCO DE ASSIS M. BARRETO

PAULO FERNANDO DE MELLO

MARCOS CESAR DE SOUZA LIMA

FRANCO

GUILHERME MAGALHAES MARTINS

PLÍNIO LACERDA MARTINS



**I S B N : 9 7 8 - 8 5 - 9 4 0 2 9 - 3 9 - 3**

PLINIO LACERDA MARTINS  
GUILHERME MAGALHÃES MARTINS  
MARCOS CESAR DE SOUZA LIMA

**HERMENEUTICA JURIDICA:  
A RELACAO DE CONSUMO  
NA SOCIEDADE**

ISBN – 978-85-94029-39-3

Niterói

Programa de Pós Graduação em Direito Instituições e Negócios

2020

MARTINS, Plinio Lacerda: MARTINS, Guilherme Magalhaes: LIMA, Marcos Cesar de Souza. Hermenêutica Jurídica: A Relação de consumo na Sociedade UFF. : Niterói. 2019.

Hermenêutica jurídica: A Relação de consumo na Sociedade . Programa de Pós Graduação em Direito Instituições e Negócios – PPGDIN. Universidade Federal Fluminense – UFF

ISBN 978-85-94029-39-3

Niterói

Programa de Pós Graduação em Direito Instituições e Negócios

2020

## SUMARIO

Apresentação.....	4
<b>PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: A NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS INDEPENDENTES DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A ADEQUADA TUTELA DOS DADOS DAS PESSOAS.....</b>	<b>5</b>
Plinio Lacerda Martins .....	5
Guilherme Magalhães Martins .....	5
Eduardo Chow De Martino Tostes.....	5
<b>O CONSUMIDOR E O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – DISTINÇÃO E PECULIARIDADES A PARTIR DA LEI FEDERAL Nº 13.460 DE 2017.....</b>	<b>23</b>
Flávio de Araújo Willeman.....	23
<b>PRIVACIDADE: OS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>42</b>
Plinio Lacerda Martins .....	42
André Roberto de Souza Machado.....	42
Marcos Cesar de Souza Lima .....	42
<b>A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A VULNERABILIDADE DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS.....</b>	<b>53</b>
Plinio Lacerda Martins .....	53
Paulo Fernando Franco.....	53
Paula Cristiane Pinto Ramada.....	53
<b>O DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>69</b>
Francisco de Assis Macedo Barreto.....	69
<b>A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO CONSUMIDOR NA NARRATIVA PUBLICITÁRIA CONTEMPORÂNEA.....</b>	<b>101</b>
José Renato Torres do Nascimento .....	101
Marcos Cesar de Souza Lima .....	101
<b>MODERNIDADE OU PÓS-MODERNIDADE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS E ANTHONY GIDDENS.....</b>	<b>124</b>
Marcella da Costa Moreira de Paiva.....	124
Newton Augusto Cardoso de Oliveira .....	124
Edson Alvisi Neves .....	124

## Apresentação

O presente ensaio jurídico foi produzido por alunos do curso de Doutorado do programa de Pós graduação Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense – PPGDIN, com objetivo de discutir as diversas relações jurídicas de consumo existentes no cenário do nosso País.

A disciplina EMPRESA, SUSTENTABILIDADE E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS obteve como temática desenvolvida o Direito das relações jurídicas de consumo, sendo ministrada pelos Professores Doutor Plinio Lacerda Martins e Guilherme Magalhaes Martins, integrantes do corpo permanente do Doutorado do Programa de Pós Graduação em Direito Instituições e Negócios – PPGDIN e pela participação do Professor convidado Doutor Marcos Cesar de Souza Lima, integrante do Programa de Pós Graduação de Doutorado da Universidade Veiga de Almeida.

Durante a realização do programa de doutorado, foram realizados diversos seminários em sala de aula, discutindo e comentando as lições de renomados autores relacionados as relações de consumo do nosso dia, como o tema: *A perda da identidade do consumidor* comentada por Ulrich Beck, Anthony Giddens, Zygmunt Bauman: *A identidade do consumidor na Modernidade Líquida*, na visão de Zygmunt Bauman: a questão da Modernidade ou Pós Modernidade interpretada por Jürgen Habermas: a questão da correta nomenclatura do Direito do Consumo ou Direito do Consumidor? Através do estudo proposto por Antônio Carlos Efigênia e Guido Alpa: *A hermenêutica da Norma Jurídica Consumerista* através dos estudos de Claudia Lima Marques.

Ainda no campo das relações de consumo foi analisado as questões referentes aos dados pessoais do consumidor e sua privacidade, estudando os textos do doutrinador Danilo Doneda, Laura Mendes referentes a privacidade e os dados pessoais na Sociedade Contemporânea: Os textos do doutrinador italiano Stefano Rodota, relacionados a *privacidade contemporânea*: Os textos de Manuel Castells relacionados a sociedade em rede e os contratos eletrônicos, finalizando o estudo no cotejo do código de defesa do consumidor e a Lei de Usuários de Serviço Público através das lições de Cesar Guimaraes, envolvendo o tema *Usuários dos públicos e o direito do consumidor*.

Enfim, a obra está muito bem conduzida pelos autores, que dedicaram o conhecimento na hermenêutica jurídica da relação de consumo, através das discussões dos diversos textos acima mencionados, dedicando-se ao tema com o labor permanente, a acuidade intelectual, o rigor científico e a presteza no trabalho científico.

# **PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: A NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS INDEPENDENTES DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A ADEQUADA TUTELA DOS DADOS DAS PESSOAS.**

Plinio Lacerda Martins

Guilherme Magalhães Martins

Eduardo Chow De Martino Tostes

## **RESUMO**

O século XXI já se iniciou há quase duas décadas, estando o mundo diante de uma revolução tecnológica, com um destaque e inovações quase que diárias no campo da informação, e o Brasil ainda não está preparado para tutelar de maneira adequada seus cidadãos em um mundo virtual e inovador que nos encontramos. A discussão acerca do direito fundamental dos dados pessoais é uma temática que ganhou força no mundo a partir da década de 90 do século XX, mas que somente se torna madura e debatida com maior profundidade no Brasil na década de 20 do século XXI. Buscaremos demonstrar o cenário atual do Brasil na tutela da privacidade e dos dados pessoais das pessoas, em uma interface do Direito com a Tecnologia, a partir do marco teórico do professor fiorentino Stefano Rodotà. O debate do presente estudo será em torno da necessária independência do órgão de tutela dos dados pessoais, à luz da sistemática jurídica e do Direito Brasileiro. Neste cenário, a crítica acerca da Autoridade Nacional de Dados, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Procon serão realizadas de forma construtiva nesta pesquisa. A hipótese de que são necessários órgãos dotados de independência funcional para uma proteção difusa coletiva adequada em prol do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, neste cenário de grandes navegações mundiais no universo virtual, disciplinadas em regra por normas baseadas em contratos privados ditados pelos grandes escritórios de advocacia de empresas internacionais que dominam este mercado de consumo criado será a base da trajetória deste estudo, para fins de confirmação ou não desta afirmação.

Palavras-chave: Privacidade – dados pessoais – Brasil – proteção difusa coletiva - órgãos com independência funcional.

## **RESUME**

The 21st century has already begun almost two decades ago, with the world facing the Technological Revolution, with an almost daily highlight and innovations in the field of information, and Brazil is not yet prepared to adequately protect its citizens in a world. virtual and innovative that we meet. The discussion about the fundamental right of personal data is a topic that has gained strength in the world since the 1990s, but only becomes more mature and debated in Brazil in the 1920s. We will try to demonstrate the current scenario of Brazil in the protection of privacy and personal data of people, in an interface of law with

technology, from the theoretical framework of professor fiorentino Stefano Rodotà. The debate of this study will be about the necessary independence of the body responsible for the personal data, in the light of the legal system and Brazilian Law. In this scenario, the criticism about the National Data Authority, the Public Prosecution Service, the Public Defender's Office and Procon will be constructively conducted in this research. The hypothesis that organs with functional independence are necessary for adequate collective diffuse protection in favor of the fundamental right to the protection of personal data, in this scenario of large world navigations in the virtual universe, disciplined as a rule by rules based on private contracts dictated by the great Law firms of international companies that dominate this created consumer market will be the basis of this study's trajectory, for the purpose of confirming or not this statement.

Keywords: Privacy - personal data - Brazil - collective diffuse protection - organs with functional independence.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma abordagem crítica, de forma construtiva, sobre a forma de proteção realizada pelos órgãos de defesa do consumidor aos dados pessoais dos brasileiros.

O objetivo inicial desta pesquisa consiste em uma observação da forma de controle difuso realizado pelos órgãos públicos do Brasil, de maneira a verificar quais órgão são dotados desta atribuição de controle e tutela deste direito fundamental, e as técnicas atualmente utilizadas, com ou sem autonomia funcional para a proteção dos dados pessoais.

Adotamos o método genealógico nesta pesquisa, utilizando um instrumental de investigação focado na compreensão da emergência de configurações singulares de sujeitos, objetos e significações nas relações de poder, associando o exame de práticas discursivas e não-discursivas (MORAES, 2018).

A presente pesquisa não abriu mão de observar e ressaltar a recente história do Brasil e dos principais órgãos públicos de tutela dos direitos fundamentais, com o enfoque no direito à proteção de dados, de forma a desenvolver uma crítica sobre o caminho trilhado em nossa sociedade direcionada a uma tutela dependente e não autônoma dos governantes, à luz da atual previsão legal da Lei Geral de Proteção de Dados, e, para além desta observação, buscou-se pesquisar diferentes atores sociais capazes de suprir esta lacuna tutelar, de forma a tentar contribuir para possíveis outros caminhos a se trilhar no futuro (LEMOS; CARDOSO JÚNIOR, 2009, p. 21). As ferramentas metodológicas de análise de casos, pesquisa bibliográfica e comparação de outros países serão fundamentais para o desenvolvimento da presente pesquisa. O marco-teórico desta empreitada científica se baseou nas lições do professor italiano Stefano Rodotà.

A questão problema neste artigo busca investigar se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados está criada de forma a tutelar de forma eficiente e completa o direito fundamental das pessoas, tendo em vista a previsão legal de ausência de independência funcional para o desempenho de suas atividades. Analisando como órgãos públicos dotados de independência funcional podem atuar para suprir esta deficiência indicada no suposto protetor principal dos dados pessoais no país.

O desenvolvimento desta pesquisa passará obrigatoriamente na identificação da hipótese de característica necessária de autonomia funcional para a proteção razoável dos dados pessoais, à luz das referências doutrinárias e jurisprudenciais comparadas na Comunidade Internacional de Intérpretes desta matéria. Através da análise de casos, pesquisas bibliográficas e comparação internacional, buscaremos confirmar ou não a nossa hipótese. Concluiremos o estudo com a necessária identificação do direito à proteção de dados como um direito fundamental, pelo conceito de Direito a ser construído e aperfeiçoado pela comunidade de intérpretes, à luz da teoria do realismo jurídico, com vistas a contribuir para uma necessária visão de especialização dos órgãos públicos de tutela de direitos fundamentais, rumo a uma posição firme e uniforme de nosso sistema de justiça, estando todos aptos a atuar frente aos inúmeros e imprevisíveis desafios das inovações tecnológicas neste mundo globalizado que ultrapassa barreiras não necessariamente respeitando os limites dos direitos humanos.

## **2. A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: PERSPECTIVAS E PROPOSIÇÕES**

Vivemos em uma Sociedade da Informação, e como tal, devemos perceber a diferença e as interferências da Economia e Tecnologia no Direito. Sobre o termo, reproduzimos a conceituação do professor Guilherme Martins:

A expressão *sociedade da informação* surgiu na Europa, na conferência internacional de 1980, onde a Comunidade Econômica Europeia reuniu estudiosos para avaliar o futuro de uma nova sociedade assim denominada, tendo em vista a regulamentação da liberdade de circulação de serviços e medidas para a implementação de acesso aos bens e serviços por parte dos Estados membros. Foi então utilizada pela primeira vez a expressão *TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação* (2019, p. 67).

Uma revolução tecnológica ocorre no mundo, com características acentuadas na tecnologia e na informação, e o Brasil ainda não se deu conta de que precisa acompanhar o movimento mundial para fazer frente e tutelar adequadamente seus cidadãos. Fato já verificado pelos economistas ao longo dos últimos anos.

(...) nos últimos 25 anos (1980-2005) a economia brasileira ingressou em um processo de *falling behind*, o qual foi fortemente influenciado pela



dinâmica tecnológica e financeira da fase inicial do quinto paradigma tecnoeconômico. Atraso tecnológico, vulnerabilidade externa, desindustrialização precoce e reespecialização produtiva são evidências que permitem afirmar que o Brasil, desde 1980, vem ficando para trás na trajetória de desenvolvimento capitalista. (ARENDE; FONSECA, 2012, p. 35).

Uma forma didática de enxergar o comportamento e a evolução das ideias econômicas do liberalismo, sua ascensão e colapso, são explanadas no quadro a partir de Perez (2004, cap. 7) a seguir:

Revolução Tecnológica onda longa	Instalação		Intervalo de reacomodação Colapso financeiro, recessão e recomposição pessoal	Desdobramento (Dispersão)	
	Irrupção Big-bang	Frenesi Bolha financeira		Sinergia Boom	Maturidade
1ª (1771) Revolução Industrial	Anos 70 e início dos 80	Mania dos Canais (1793)	1797 (pânico financeiro)	1798-1812; Grande avanço inglês	1813-1829 Crises financeiras (1819 e 1825)
2ª (1829) Era do Vapor e das Ferrovias	Ano 30	Mania das Ferrovias (1836)	1847 (pânico financeiro) 1848-1850 (revoluções sociais)	1850-1857 Boom victoriano	1857-1873 Crises financeiras (1866 e 1873)
3ª (1875) Era do Aço da Eletricidade e da Engenharia pesada	1785-1884	Auge dos países do hemisfério sul-Argentina (1890) EUA (1893)	1893-1895 1903 ("pânico dos ricos")	1895-1907 <i>belle époque</i>	1908-1918 Crises financeiras (1920)
4ª (1908) Era do petróleo, Automóvel e da Produção em Massa	1908-1920	Os "loucos anos 20" (automóveis, rádio, eletricidade, imóveis etc)	Pânico financeiro 1929-1933 (Europa) 1929-1943 (EUA)	1943-1959 Época de ouro do pós-guerra	1960-1974 Crise do petróleo (1974)
5ª (1991) Era da Informática e das telecomunicações	1971-1987	Mania da Internet 1987-2001 Ásia (1997)	2001-?? (Nasdaq- <i>Subprime</i> )	20??	20??

Atento a estas inovações tecnológicas, como forma de se dedicar aos problemas atuais do Direito Civil, o professor italiano Stefano Rodotà percebeu e publicou (1973, p. 14) a novidade introduzida pelos computadores como sendo a transformação da informação dispersa em informação organizada, além de ter iniciado a ministrar sua aula de "Tecnologias e direitos", na Universidade de Roma, em 1994, dedicando-se a categorias que até então estavam fora da atenção do jurista, como nos lembra Maria Celina Bodin de Moraes, na apresentação da obra do professor fiorentino (2008).

Trata-se de informação que entendemos relevante compartilhar com o leitor, pois, ao nos atentarmos às datas e às transformações tecnológicas na história, passamos a observar que é importante estarmos atentos ao jogo que está sendo jogado na história, nas interfaces geradas entre a economia, tecnologia e o Direito, para tentarmos jogar este jogo de forma eficiente, pois, como diria Foucault:

O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto;

de quem, se introduzindo no parêntese complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas próprias regras. (2013, p. 36)

Esta “verdade” apresentada pelo “mercado” das regras a que estamos sujeitos e impotentes de questionar nas regras que ditam a navegação e o tratamento de dados das pessoas no mundo virtual com as suas sempre inovadoras tecnologias da informação, com termos de consentimento criados e aperfeiçoados pelas empresas que operam neste mundo virtual, com sede em diversos países pelo mundo, são institutos que buscaremos tensionar e desconstruir nesta pesquisa, através do método genealógico já mencionado. Portanto, aderimos à assertiva de Masseno:

Neste domínio, as consequências da utilização da Big Data começam a fazer-se sentir, mesmo no núcleo mais duro de defesa do consumidor perante o Poder das empresas na Economia Industrial, o das cláusulas contratuais gerais, ou contratos por adesão (2019, p. 378).

As novas identidades das pessoas na internet, seus perfis, dossiês digitais que deviam externar informações corretas para que fossem fidedignamente projetada a identidade do titular daquelas informações, acabam por justificar dogmaticamente a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija a **ratificação de seus dados pessoais para que sua projecção** seja precisa (BIONI, 2019, p. 65), ou mesmo para que justifique sua compreensão como um direito humano, para fins de tutela diferenciada em nosso sistema.

(...) a garantia da proteção dos dados pessoais, em si próprios considerados, com caráter de direito fundamental, representa o passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais completa e adequada à Sociedade da Informação. (DONEDA, DANILO, 2019, p. 52)

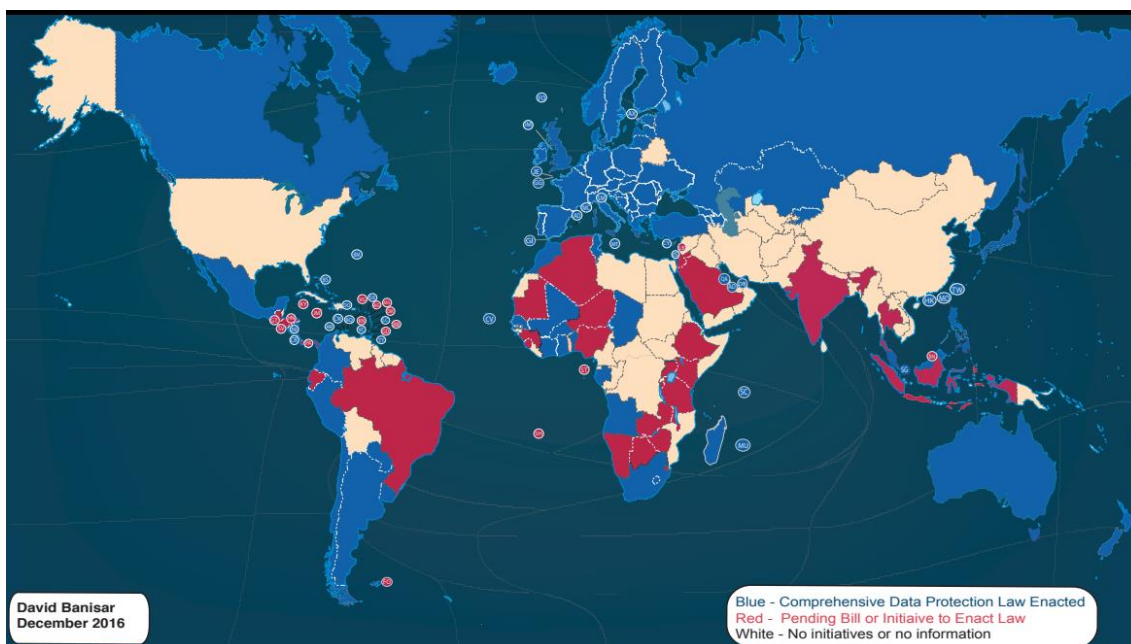
Nas lições do professor Rodotà, a privacidade é um elemento fundamental da cidadania da nossa época, uma cidadania eletrônica, fazendo evoluir a expressão de cidadão (“CITizen”) para “NETzen”; uma cidadania eletrônica de dimensão mundial. (2008, p. 145).

Contudo, para além de uma percepção da influência da tecnologia no Direito, mais especificamente, da concepção de uma cidadania eletrônica atualmente existente no cenário mundial, observamos que pode não ser esta a noção adotada pelas empresas que operam neste mercado ainda não devidamente regulado, com a informação pessoal sendo o elemento fundamental em uma série de novos modelos de negócios típicos da Sociedade da Informação (DONEDA, 2019, p. 35), como passaremos a desenvolver.

A natureza de “mercadoria” da informação se relaciona com a soberania de um Estado, em que uns possuem leis específicas sobre a proteção de dados, e outros não, permitindo a liberdade total de circulação de informação, o

que parece um “paraíso de dados”, análogo a um “paraíso fiscal” (RODOTÀ, 2008, p. 65).

Como o objetivo das empresas é o lucro, diferente da finalidade da proteção dos direitos fundamentais, em uma lógica que diverge e transborda as noções tradicionais do Direito, como a soberania, os limites de atuação e de respeito ou não das normas internas de cada país é objeto de uma conduta elisiva, com o fim de potencializar a atuação empresarial, com a sede de sua empresa que opera a nível mundial em países sem nenhuma proteção de dados ou com esta proteção ainda deficiente, deixando livre a exploração econômica dos megadados<sup>1</sup>, como demonstrado pelo gráfico estas deficiências estatais no mundo pelo professor Danilo Doneda (2017, p. 8):



Como bem verificado por Perlingieri (1990, p. 329), a informação como serviço postula informações como bem jurídico. A ausência de proteção ao investimento no setor significaria criar uma zona franca dominada por um parasitismo precário, com sérios danos tanto para as empresas quanto para todo o sistema, inclusive institucional, que depende de participação informada.<sup>2</sup>

Importante a informação acerca da edição da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Trata-se de um marco

<sup>1</sup> O termo ‘grandes volumes de dados’ refere-se a grandes quantidades de dados de diferentes tipos produzidos em grande velocidade a partir de um elevado número de diferentes tipos de fontes. Para lidar com os conjuntos de dados altamente variáveis e em tempo real gerados hoje em dia, são necessários novos métodos e ferramentas, como, por exemplo, processadores, software e algoritmos de grande potência. Que vão além das tradicionais ferramentas de ‘exploração de dados’ (*mining*) concebidas para lidar principalmente com conjuntos de dados estáticos, de pequena escala e baixa variedade, muitas vezes manualmente. [Informação de acordo com a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, “Para uma economia dos dados próspera” (COM(2014) 442 final, de 02 de jul. de 2014)].

<sup>2</sup> “La informazione come servizio postula l’informazione come bene. L’assenza di tutela degli investimenti nel settore significherebbe creare una zona franca dominata da un precario parasitismo, con grave danno sia per le imprese sia per l’intero sistema, anche istituzionale, che si perna sulla partecipazione informata.”

legal de importância ímpar no Direito Brasileiro, com definições relevantes ao tema, disciplina de controle e tutela, mas que ainda não está em vigor totalmente, conforme podemos observar da previsão de seu artigo 65:

Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Brasília, 14 de agosto de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

Em agosto de 2020 esta Lei entrará integralmente em vigor, mas, ao longo deste estudo, buscaremos apontar críticas necessárias e caminhos possíveis neste caminho tortuoso adotado pelo Brasil para proteger sua população.

O objeto deste estudo será a análise da independência funcional dos órgãos de proteção dos dados da pessoa. Para tanto, reproduziremos o teor do que dispõe a LGPD:

Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

A ideia de um órgão de controle concentrado de proteção de dados, com independência técnica, administrativa, funcional e financeira, amoldaria-se na disciplina do que dispõe as Agências Reguladoras do Estado Gerencial brasileiro. E esta é a ideia projetada para o futuro de transformação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), dois anos a partir de agosto de 2020, a depender do interesse político da ocasião.

Até o advento deste futuro eventual e incerto, caso não seja uma situação inusitada de revogação da Lei antes de sua entrada em vigor, como já ocorrera no passado no Brasil, a estrutura que será responsável pela tutela concentrada dos dados pessoais no Brasil será este órgão subordinado à Presidência da República.

Não se conclui que será este um fracasso de proteção estatal, contudo, não é o modelo ideal na comunidade de intérpretes deste tema. O professor Rodotà há décadas já lecionava acerca da necessidade, com um consenso geral, sobre a classificação deste órgão de controle como sendo uma autoridade administrativa independente; e, independente, em especial em relação ao Poder Executivo, eis que o Estado é também um grande ofensor nesta

temática (2008, p. 86). Na mesma linha, os exemplos normativos europeus elencados por Viktor Mayer-Schönberger, na forma disposta pelo professor Doneda:

A mudança do enfoque dado à proteção de dados nesse período pode ser brevemente entrevisto na classificação evolutiva das leis de proteção de dados pessoais realizada por Viktor Mayer-Schönberger, que vislumbra quatro diferentes gerações de leis que partem desde uma primeira geração, cujo enfoque era mais técnico e restrito aos grandes computadores de sua época, até a abertura mais recente a técnicas mais amplas e condizentes com a capilaridade e sofisticação das tecnologias adotadas para o tratamento de dados. (...) Outras características dessas leis são a disseminação do modelo das autoridades independentes para zelar pela sua eficácia (2019, p. 40 e 43).

Esta seria uma estratégia jurídica integrada, idealizada pelo professor fiorentino, de característica multinível, mundial, como única forma de se tutelar adequadamente os dados das pessoas neste mundo globalizado que não se resume às linhas imaginárias e não aplicáveis da soberania estatal neste mundo virtual (RODOTÀ, 2008, p. 85). No mesmo sentido nos ensina o professor Pauseiro:

A experiência europeia aponta para a criação jurisprudencial de um sistema multinível de direitos no ordenamento europeu, demonstrando que o método comparativo constitui o pressuposto necessário para a busca de princípios gerais que transcendem os confins dos Estados. Essa comparação constitui uma oportunidade e um desafio extraordinário para os tribunais constitucionais, que, através da relação de comunicação entre eles e os tribunais europeus, trocam experiências diferentes, constroem interpretações e possibilitam o diálogo entre culturas diferentes (2019, p. 104).

O professor Plínio Lacerda Martins, em sua tese de doutoramento, realizou uma pesquisa comparada, demonstrando quais países possuem uma autoridade nacional de dados independente, dentre os Estados citados, destacamos estes (2017, p. 175-176):

Cita-se o caso dos Estados Unidos, que a Federal Trade Commission – FTC, embora não seja um órgão equiparado à Autoridade de Garantia, recebeu a incumbência de fiscalizar a utilização de dados pessoais, que por ter bem cumprido tal encargo, lhe rendeu o título de uma authority de fato por alguns estudiosos.

Na Espanha (...) Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), entidade de direito público é dotada de autonomia (...).

Em Portugal competente a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD, (...) é uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República.

Na Itália em relação à proteção de dados pessoais, está em vigor, desde 01/01/2004, o decreto Legislativo nº 196/2003, denominado Código de Proteção de Dados Pessoais, (...) figura do Garante, (...) atuará com plena autonomia e independência de juízo e de valoração.

Na Alemanha o Representante Federal para Proteção de Dados e Liberdade de Informação (BfDI, na sigla em alemão), que é designada pelo Parlamento, por indicação do Governo Federal. O cargo tem independência oficial no desempenho de suas funções (...)

Contudo, mesmo com a ausência da previsão futura de uma autoridade administrativa independente, não entendemos que se possa dizer que não há alternativas para a devida proteção de dados das pessoas no Brasil. Inspiração europeia, a título de diálogo de Cortes Constitucionais, revela-se importante neste momento:

Embora devamos ter sempre presente que, também devido ao impasse negocial em que se encontrava a Proposta de Regulamento Geral sobre Proteção de Dados no primeiro semestre de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia reinterpreto atualisticamente a Diretiva 95/46/CE, com o Acórdão Google Spain. No Acórdão, até pelo contraste com as Conclusões do Advogado-Geral, ficou mesmo sinalizado que um eventual fracasso por parte dos Decisores Políticos não impediria a formulação de respostas adequadas, ainda que jurisprudenciais (MASSENO, 2019, p. 386)

A resposta para este necessário equilíbrio entre o controle não independente da ANPD, com previsão futura de instituição, e a realidade atual do Brasil de possibilidade de controle difuso dos dados pessoais com as ferramentas hoje existentes, caminha no sentido de uma percepção de órgãos coletivos legitimados e independentes para atuar em defesa deste direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 prevê a atuação coletiva para a defesa de direitos e interesses difusos pelo Ministério Público<sup>3</sup> e Defensoria Pública<sup>4</sup>. Interessante é a estrutura jurídica que a nossa Carta Magna dotou estes dois órgãos públicos: a independência funcional e administrativa. Para a Defensoria, as recentes inovações legais e constitucionais concederam à instituição independência técnica bem como autonomia administrativa e financeira, com o propósito de assegurar à Defensoria pública as condições necessárias para cumprir sua missão constitucional (ALVES; SEPÚLVEDA, 2013, p. 134). Fato mais antigo é a previsão da independência funcional do Ministério Público, eis que só se pode bem desincumbir desses encargos, em primeiro lugar, se gozar de efetiva independência funcional, e, em segundo, se exercer de fato essa independência jurídica. Somente uma instituição independente, de direito e de fato, poderá desempenhar-se de forma efetiva de tão altos encargos que lhe reservam a Constituição e as leis, como bem nos lembra Mazzilli (1997, p. 2).

---

3 Art. 127. O **Ministério Público** é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**.

4 Art. 134. A **Defensoria Pública** é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

A Lei Federal n. 7347/1985 enumera os órgãos legitimados para atuar defendendo os direitos da coletividade, em rol exaustivo de atores coletivos habilitados para atuar na defesa destes interesses coletivos: Ministério Público, Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.<sup>5</sup>

O controle difuso coletivo, dentre as formas previstas de atuação destes “legitimados coletivos” para atuar defendendo os direitos da coletividade, citamos os instrumentos mais usuais previstos na própria Lei n. 7347/85, no caso, a ação civil pública (ACP) e o termo de ajustamento de conduta (TAC).<sup>6</sup>

A pluralidade de atores coletivos é fruto de uma evolução de nossa sociedade de massa, a qual, supostamente, demandaria uma resposta em massa para a solução de problemas detectados.

Ocorre que a sociedade brasileira continua a evoluir e o faz mais rapidamente do que a legislação, fato que é de conhecimento geral. Isso implica o aumento da complexidade das relações jurídicas, que não se limitam a conflitos particulares, mas envolvem a coletividade, tanto que os interesses tutelados são chamados de trans, supra ou metaindividuais. Em decorrência do surgimento destes, houve uma alteração também na relação processual, que, mais complexa, implicou a necessidade de ampliação dos mecanismos de acesso à justiça aos ditos “conflitos de massa” (MADERS, 2011, p. 25–26).

Revelador a conclusão da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do protagonismo dos órgãos públicos Ministério Público e Defensoria Pública na seara da tutela coletiva:

Uma conclusão que merece destaque especial, por perpassar as três fases, é o fato de que, animado pela ideia de ampliação do acesso à justiça para causas coletivas e sociais, o sistema de tutela coletiva nasceu e permaneceu sob a égide dos atores estatais, mais do que da própria sociedade civil a quem supostamente veio a abrir caminho. A decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, se confirmou nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes. A recente incorporação da Defensoria Pública, outro agente estatal, também ecoa nos principais resultados. Os dilemas derivados desse modelo significativamente dependente de instituições estatais foram registrados pelo relatório, embora novidades relevantes, no que diz respeito às relações dos entes estatais com a sociedade civil, também tenham aparecido, sobretudo na análise qualitativa das entrevistas e de casos emblemáticos. (2018, p. 212).

---

<sup>5</sup> Art. 5º, incisos I a V da Lei Federal n. 7347/85.

<sup>6</sup> Importante ressaltar a efetividade de outros institutos de tutela coletiva, como a Recomendação, IRDR, dentre outros previstos em leis esparsas e no Código de Processo Civil.

Na realidade, através da tutela coletiva, o que se observa é um desapego, uma apatia generalizada dos meios usuais de solução coletiva dos problemas sociais, os quais recairiam sobre institutos administrativos e também através do meio democrático das eleições, com decisões políticas adotadas pelos nossos representantes acerca dos caminhos a serem trilhados por nossa sociedade. E parece haver a aceitação de que, em razão de uma falência de nosso sistema político democrático e o descrédito sobre os órgãos administrativos prestadores de serviços públicos para a população, recair-se-ia no Judiciário as esperanças de se ditar ou obrigar a um futuro melhor, a ser imposta a respectiva decisão aos nossos governantes e administradores. Neste ponto, interessante a assertiva de Garapon ao afirmar que “O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.” (2001, p. 47-48).

Na linha da presente pesquisa, o critério de controle difuso pode ser exercido diretamente pelos interessados, individualmente, a fim de tutelar seus dados pessoais. Contudo, os interessados fazem um uso bastante limitado do instrumento colocado à sua disposição no Brasil, ante a pouca informação das pessoas, custos do acesso, carência de alfabetização da população brasileira, desnível de poder com relação a estas grandes empresas de tecnologia, dentre outros muitos fatores, muitos obstáculos para superar as barreiras de conhecimento e financeira para qualquer tipo de impugnação necessária (RODOTÀ, 2008, p. 85-87).

Não quer dizer que a tutela individual deva ser deixada de lado. O que queremos dizer é que é de fundamental importância uma atuação coordenada e integrada dos modelos de controle difuso individual e coletivo. É importante que o acesso individual seja “integrado” pela presença de um sujeito coletivo, para permitir um exercício sistemático do direito de acesso, com um controle efetivo sobre os coletores das informações. Como nos ensina Danilo Doneda:

A autodeterminação informativa, porém, demonstrou-se efetivamente como algo de que se utilizava somente uma minoria de cidadãos, que decidia enfrentar os custos econômicos e pessoais do exercício dessas prerrogativas (...) procura-se abordar o problema integral da informação, presumindo-se que não se pode basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual, sendo necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção (2019, p. 42)

Os órgãos coletivos com garantia de independência funcional, dentre as inúmeras matérias que ordinariamente têm de se ater, como direito ambiental, direito do consumidor, direito urbanístico, direito das crianças e adolescentes, saúde e outros, na acepção aqui desenvolvida, devem a Defensoria Pública e o Ministério Público se especializarem, com a criação de órgãos específicos de tutela de dados pessoais das pessoas, para, através da



sistemática própria desta matéria, aprofundarem seu conhecimento e atuação, de forma permanente, para melhor tutelar o direito da coletividade. Questões relativas ao direito a uma autodeterminação informativa, coleta de informações efetuada sem um prévio e explícito consentimento do interessado, críticas à “liberdade” de consentimento nos contextos em que há condicionantes e que excluem uma real possibilidade de escolha, como o caso de condição para usufruir de determinado serviço, compreensão e delimitação da impossibilidade de se fazer operar o consentimento em todos os casos, portanto, impossível se fundar no consentimento a definição de privacidade, pois não se pode considerar todos os dados como livremente negociáveis.

Para além da necessária compreensão por estes órgãos públicos dos conceitos e institutos permanentemente evoluindo e mudando nesta seara da tecnologia, seu aperfeiçoamento profissional e a sua direção de tutela deve se dar de maneira a tutelar a dignidade da pessoa humana e os pilares da democracia em nossa sociedade. Trata-se de elaboração que visa a questionar a utilização de dados pessoais para a manipulação da autonomia e da escolha das pessoas no exercício de sua cidadania, fator de extrema importância nos dias atuais.

Dada que a relação entre ordem política e sujeitos individuais é reafirmada como central à teoria democrática liberal, o respeito pela autonomia das pessoas é um dos principais caminhos para o estado liberal. Neste sentido, é importante proteger e garantir que a pessoa esteja agindo de acordo com critérios não impostos de fora (autodeterminação), mas também com a ideia de que ela controla critérios que ela está aplicando (sem interferências de terceiros). Para ser autônomo, é preciso também poder fazer suas “leis” (suas regras de conduta) para si mesmo (age de acordo com seus princípios). A tentativa de “moldar” uma identidade humana para escamotear e fingir uma legitimidade de um certo tipo de ordem política (uma identidade moldada virtualmente), deve ser devidamente monitorada, controlada, impedida e sancionada pelos órgãos de controle e tutela dos dados pessoais.<sup>7</sup>

A integração e a coordenação dos órgãos públicos do Brasil de tutela e controle dos dados pessoais, citando aqueles com independência funcional: Ministério Público e Defensoria Pública; aqueles sem independência funcional, como a Secretaria Nacional do Consumidor, os PROCONs (autarquias de proteção e defesa do consumidor); a futura Autoridade Nacional de Dados, ainda não existente; além das associações civis e das próprias pessoas se tutelando individualmente, toda essa rede e relação de pessoas e órgãos deve caminhar de forma organizada e estratégica, de maneira permanente e em constante evolução,

---

<sup>7</sup> Importante decisão recente e inédita no Brasil, acerca da utilização indevida de dados pessoais pelo Facebook, com seu compartilhamento indevido, e a aplicação de multa de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) pela Secretaria Nacional do Consumidor, em favor do Fundo de Direitos Difusos, em 27/12/2019. Processo SEI nº 08012.000723/2018-19 (SENACON/Ministério da Justiça).

para tentar minimamente impedir os grandes abusos que podem ser cometidos pelas empresas que operam neste mundo virtual. Seja prejudicando a pessoa a um nível pessoal ou de consumo, seja prejudicando a sociedade com a manipulação das condutas e dos resultados eleitorais e democráticos do país.<sup>8</sup>

Trata-se de uma releitura do fundamento da teoria liberal, em que esta coloca o consentimento voluntário no seu centro político, na metáfora de um "eu presente" que liga e vincula um "eu futuro", a fim de se legitimar as decisões tomadas por este ser abstrato que é o Estado (SANTORO, 2003). Propomos, pois, uma nova visão desta teoria, à luz das novas tecnologias influenciando o comportamento das pessoas e dos governos, para observarmos com muito cuidado e crítica acerca do que podemos ou não consentir para fins de utilização de nossos dados hoje e no futuro, temporariamente ou permanentemente, para fins específicos ou fins diversos, armazenados ou não no Brasil. São questões que colocam em dúvida e em perspectiva se somos os senhores hoje de nossa vida, de nossa identidade, de nossas escolhas. E, para tanto, tensiona-se no sentido de se impedir e poder negar hoje e sempre a utilização de nossos dados, a informação de como nossos dados estão sendo utilizados, tratados, manipulados, além de podermos saber para quem nossos dados foram vendidos. Permitir o conhecimento de todas essas informações nossas, e permitir suas alterações devidas, retificações e até exclusões, é de fundamental importância para nossa vida, hoje e para o futuro de nossa sociedade<sup>9</sup>.

É a prática conhecida como *profiling*, em que os dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões. Tudo é calibrado com base nesses estereótipos, inclusive, o próprio conteúdo acessado na Internet (...) como um filtro invisível. No contexto do Big Data, são os algoritmos que passam a orquestrar as vidas das pessoas, decidindo a respeito de suas oportunidades (BIONI, 2019, p. 91-92)

Se as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade, a questão que se coloca é o que se pode dizer, então, dos dados de uma pessoa.

Trata-se, aqui, das informações armazenadas em bancos de dados digitais, cuja proliferação abusiva tem sido um dos maiores problemas enfrentados pelos consumidores na atualidade, e que viola o que se tem convencionalmente chamado de “direito à autodeterminação informativa” (ou “liberdade informática”, como na Alemanha, ou ainda, “proteção de dados pessoais”, como na Itália), entendido como “o direito do cidadão de tomar conhecimento sobre o arquivamento e uso de informações suas por

---

<sup>8</sup> Para além de uma articulação a nível nacional, entendemos que o Brasil deverá prosseguir nesta evolução rumo a um sistema internacional de proteção de dados pessoais, desde um sistema regional, como na União Europeia, quiçá alcançarmos um sistema global, sendo esta, a alternativa necessária para a devida proteção deste direito fundamental que opera sem as proteções devidas neste mundo virtual sem fronteiras.

<sup>9</sup> Deve haver, portanto, um contraponto, através do tratamento de dados pessoais. Mesmo diante de tal controle, há a dificuldade de se individuar tipos de informações acerca dos quais o cidadão estaria disposto a renunciar definitivamente, visto que até mesmo os dados mais inócuos podem, se associados a outros, provocar danos à dignidade do interessado. (MARTINS, 2019, p. 74).

terceiros, bem como de controlá-los e mesmo impedi-los (BARBOSA, 2019, p. 354).

A plenitude da esfera pública depende da liberdade para construir a esfera privada. O que nos remete ao problema da construção de perfis individuais ou de grupos (utilizando diversos bancos de dados). A Sociedade da informação deve evoluir para uma sociedade do conhecimento e do saber, e não para uma sociedade da vigilância, da classificação ou do controle. A privacidade e a autonomia da vontade demandam uma construção-proteção social, a fim de se equilibrar com a realidade tecnológica atual.

Se no passado já pudemos afirmar que a civilização moderna nasceu com o *habeas corpus*; hoje, a realidade denota que a cidadania eletrônica exige um *habeas data*, nas lições do professor Rodotà (2008, p. 162). A democracia pressupõe discussão, confronto e pesquisa, devendo-se evitar a manipulação dos cidadãos e dos consumidores. A sociedade da rede não pode se confundir com um shopping center virtual, com um mundo meramente comercial, não se podendo catalogar e reduzir o cidadão a um mero consumidor, um mero item enquadrado dentro de um perfil, apto a ser estimulado para o consumo ou para o fomento político que interessar àqueles que dominam a tecnologia e estas novas formas de saber e de induzir o conhecer.

Foucault já dizia que, para entender o indivíduo moderno, nós devemos abandonar o modelo do sujeito de necessidades, para reconhecer-se como homem sujeito de desejos (1984). Trata-se de uma assertiva tão correta que foi literalmente absorvida pelo grande empresariado internacional, e utilizado com um fim diverso; não para o desenvolvimento integral da personalidade humana<sup>10</sup>, mas como uma forma de potencializar vendas de produtos ou serviços, fomentando o consumismo e até induzindo o comportamento eleitoral dos cidadãos, em uma nítida violação aos postulados básicos da democracia.

Se as regras de mercado são insuficientes, é necessário cada vez mais garantir os direitos fundamentais, as garantias constitucionais, à luz do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Através da devida análise de discurso e relação de poder, devemos colocar em questão os postulados instituídos que circulam no campo social como verdade, desconstruindo modos de vida e hábitos que foram cristalizados, filtrando os discursos dominantes, tensionando os “dispositivos”, que são as instituições, leis, enunciados científicos, filosóficos desta nova modernidade virtual, os postulados de segurança supostamente necessários nos contratos eletrônicos, as verdades virtuais, o consentimento, os perfis criados, as decisões tomadas por algoritmos (FOUCAULT, MICHEL, 2013).

O presente estudo busca desconstituir os dogmas que estão sendo artificialmente criados nesta realidade contemporânea virtual, as “verdades” acerca da linearidade dessa

---

<sup>10</sup> JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*, 1961.

evolução, da inquestionabilidade destas novas tecnologias, revelando o perigo que estamos sujeitos com a perda de nossa autonomia, da construção de nossa vontade, através da captura e direcionamento dos nossos desejos por aqueles que dominam a “informação”. Pensar de outra forma, para nos dirigirmos a um futuro que não seja aquele que as empresas multinacionais querem, para que não sejamos governados por empresas, que somente buscam o lucro, e não a garantia de direitos fundamentais para todos, incluídos aqui aqueles excluídos ou marginalizados. É como Deleuze nos ensina, que o pensamento pensa sua própria história (passado), mas para se libertar do que ele pensa (presente); e poder, enfim, pensar de outra forma (futuro) (1976).

### **3. CONCLUSÃO**

O presente estudo tenta demonstrar, através do método genealógico, que o modelo hierárquico-dualístico é a premissa antropológica da teoria liberal contratual, e a releitura realizada pelas empresas de tecnologia dos desejos manipulados e induzidos das pessoas é uma nova forma de dominação através do discurso e do poder no mundo contemporâneo de uma Sociedade da Informação.

Tentar mostrar como o liberalismo, o consentimento para a manipulação de dados, através da doutrina contratual, não representa uma livre autonomia individual, mas sim uma ferramenta utilizada para a imposição para os indivíduos se portarem como a sociedade da informação quer, como se opera a nova “representação nesta nova sociedade de controle e de classificação, sendo os novos controladores os grupos empresariais internacionais de tecnologia da informação.

A partir de uma concepção do direito como prática, permitindo teorizar aos juízes um papel ativo, com preparo jurídico-científico, apoiando-se no domínio da linguagem jurídica ao qual devem estar preparados, integrados nesta nova comunidade de intérpretes pelos legitimados a realizar o controle, seja difuso, seja coletivo, com especial ênfase aos órgãos independentes do Ministério Público e da Defensoria Pública, que deverão, em nossa concepção, especializarem-se e criarem departamentos exclusivos para a tutela dos dados pessoais dentro de seu organograma institucional, para, somente assim não colocar toda a sociedade refém dos esquemas contratuais predispostos pelos grandes escritórios de advocacia para as potentes corporações internacionais.

A atuação permanente, articulada e estratégica dos órgãos de tutela de dados pessoais, a necessária internacionalização desta diretriz de proteção das pessoas, não se revelando suficiente a mera proteção local, frente a uma operação mundial desta atividade empresarial. Uma necessária compreensão do atual domínio da linguagem e aptidão de uma suposta leitura dos desejos das pessoas através de perfis manipulados pelos controladores

desta sociedade da informação. Todos estes são indicativos de uma necessária atenção para o rumo que nossa sociedade está trilhando, para onde está se direcionando.

Tendo em vista que o novo *leviatã* não mais é somente o Estado, mas também as grandes empresas de tecnologia que utilizam de seu poder, discurso, linguagem e informação para manipular tanto o cidadão quanto o próprio Estado, observamos que é de importância máxima a independência dos órgãos de tutela e controle dos dados pessoais. Desta forma, diante de uma futura Autoridade Nacional de Dados sem a independência necessária para o exercício de seu *mister*, entidades independentes protetoras dos direitos humanos, direito do consumidor, do regime democrático e dos direitos da personalidade, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, assumem fundamental relevância neste cenário, demandando destes órgãos um poder-dever de agir atualizado, relevantíssimo para nossa sociedade, com o fim de provocar e tornar o Poder Judiciário o garantidor dos direitos fundamentais neste mundo novo virtual, neste novo “mar” de “grandes navegações como outrora”, que se entende regulado internacionalmente somente pelas regras criadas pelas próprias empresas que lá operam e dominam a todos que querem por lá “navegar”.

Para não sermos mais pessimistas do que o necessário, importante reproduzir a assertiva foucaultiana de que o que queremos dizer não é que tudo está ruim, mas que tudo é perigoso, o que não é exatamente o mesmo que ruim; e, se tudo é perigoso, sempre temos algo para fazer.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Cleber Francisco; SEPÚLVEDA, Andréa. Inovações Legislativas para o Aprimoramento da Defensoria Pública no Brasil: Independência, Accountability e a Redução das Desigualdades Sociais – Legal Reforms For Legal Aid Delivery In Brazil. Revista da SJRJ, v. 20, n. 38, p. 133–156, 2013.

AREND, Marcelo; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Brasil (1955-2005): 25 anos de catching up, 25 anos de falling behind. Revista de Economia Política, v. 32, n. 1, p. 33–54, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572012000100003&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572012000100003&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 6 jan. 2020.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e Consumo: A proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenador); LONGHI, João Victor Rozatti (Eds.). Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 349–374.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Forense, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>>

DELEUZE, Gilles. Nietzsche e a filosofia. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

DONEDA, Danilo. Privacidade e Proteção de Dados Pessoais. Brasília. 2017.

DONEDA, Danilo. O Direito Fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenador); LONGHI, João Victor Rozatti (Eds.). Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 35–54.

FOUCAULT, Michel. L’usage des plaisirs. Paris: Gallimard, 1984. v. 2.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001. v. 20.

LEMONS, Flavia Cristina Silveira; CARDOSO JÚNIOR, Hélio Rebello. The genealogy in Foucault: a trajectory. *Psicologia & Sociedade*, v. 21, n. 3, p. 353–357, 2009.

MADERS, Angelita Maria. O acesso à justiça nas relações negociais públicas e privadas: a tutela dos direitos difusos e coletivos pela defensoria pública por meio da ação civil pública. *Revista do Direito Público*, v. 6, n. 3, p. 21–38, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet. In: *Direito Digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 67–94.

MARTINS, Plínio Lacerda. ANÁLISE DOS LIMITES ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR E O ESPAÇO PÚBLICO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. 2017. Doutorado - UFF, Niterói, 2017.

MASSENO, Manuel David. Protegendo os cidadãos-consumidores em tempos de Big Data: uma perspectiva desde o direito da União Europeia. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenador); LONGHI, João Victor Rozatti (Eds.). *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Independência do Ministério Público. Ministério Público: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Marcos Vinicius Malheiros. Genealogia - Michel Foucault. In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2018.

PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PRESERVAÇÃO DAS DEMOCRACIAS. In: MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz; BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez (Eds.). *Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadania y Estado de Derecho*. Ourense: Universidade de Vigo, 2019. p. 101–111.

PEREZ, Carlota. *Revoluciones Tecnológicas y Capital Financiero: La Dinámica de las Grandes Burbujas Financieras y las Épocas de Bonanza*. México: Siglo XXI. 2004.

PERLINGIERI, Pietro. L'informazione come bene giuridico. *Rassegna di diritto civile*, 1990. v. 326.

RODOTÀ, Stefano. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda; Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTORO, Emilio. *Autonomy, Freedom and Rights*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2003. v. 65 Disponível em: <<http://link.springer.com/10.1007/978-94-017-0823-4>>. Acesso em: 7 out. 2018.

XXIII, João. *Enc. Mater et Magistra*. AAS, v. 53, p. 446-447, 1961.

# O CONSUMIDOR E O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – DISTINÇÃO E PECULIARIDADES A PARTIR DA LEI FEDERAL Nº 13.460 DE 2017

Flávio de Araújo Willeman

Resumo: o trabalho se propõe a discutir a distinção entre as figuras do consumidor, regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078 de 1990) e do usuário de serviços públicos, prevista na Lei Federal nº 13.460 de 2017, que disciplinou o artigo 37, § 3º, inciso I, da Constituição Federal (na redação da EC 19 de 1998) e o artigo 27 da EC de 1998, bem assim a incidência do CDC nas relação jurídica entre prestador e usuários/consumidores de serviços públicos.

Palavras-chave: serviço público; usuário; consumidor; prestação de serviços públicos; Código de Defesa do Consumidor.

Summary: the article proposes to discuss the distinction between consumer figures, regulated by the Consumer Protection Code (Federal Law No. 8.078 of 1990) and the user, provided for in Federal Law No. 13.460 of 2017, which disciplined Article 37, § 3th., item I, of the Federal Constitution (in the wording of EC 19 of 1998).

Keywords: public service; user; consumer; provision of public services; Consumer Protection Code.

Sumário: Introdução; 1 – A distinção entre usuário e consumidor antes da Lei Federal nº 13.460 de 2017; 2 – A distinção entre usuário e consumidor após a Lei Federal nº 13.460 de 2017 e a incidência do CDC nos serviços públicos; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, desde sua redação originária, teve forte preocupação com o consumidor e o usuário de serviços públicos, tendo em vista a vulnerabilidade jurídica destas figuras. Nesta linha, o artigo 5º, inciso XXXII, incumbiu ao Estado, na forma da lei, a defesa do consumidor – *que também constitui princípio da ordem econômica, nos termos do artigo 170, inciso V, da mesma Constituição* - o que foi concretizado com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078 de 1990 - CDC).

No que tange ao usuário de serviços públicos, o § 3º do artigo 37 da Constituição Federal, no texto promulgado em 05 de outubro de 1988, previra a necessidade de edição de lei para disciplinar as reclamações dos usuários de serviços públicos, relativas à prestação do serviço<sup>11</sup>. A redação do dispositivo foi alterada pela EC 19 de 1998, ampliando sua abrangência para a disciplina da participação do usuário na administração pública direta e indireta, e não apenas no que tange à prestação de serviços públicos<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 37 (...)

§ 3º As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei.

<sup>12</sup> Art. 37 (...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



Deve-se destacar, ainda, o artigo 175, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1988, que previu a edição de lei para regular os direitos dos usuários de serviços públicos operados mediante regime de concessão ou permissão, o que foi concretizado pela Lei Federal nº 8.987 de 1995.

O artigo 27 da EC 19 de 1998, por sua vez, previu o prazo de cento e vinte dias da promulgação da emenda, ocorrida em 04 de junho de 1998, para elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos. A regulamentação do artigo 27 da EC 19 de 1998 somente veio com a Lei Federal nº 13.460 de 2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Em junho de 2019, a lei entrou em plena vigência, abrangendo a União, os Estados e os Municípios, nos termos de seu artigo 25.

A proposta deste estudo é, justamente, discutir a convivência desta lei com o Código de Defesa do Consumidor, essencialmente, para que seja realizada a distinção entre o usuário de serviço público e o consumidor, para fins de definição do regime jurídico aplicável à relação jurídica.

É importante, antes de desenvolver o tema, realizar um breve acordo terminológico. A palavra “consumidor”<sup>13</sup> será utilizada para fazer referência ao usuário de serviços públicos cuja relação jurídica com o fornecedor sofra a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

## **1 – A DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E CONSUMIDOR ANTES DA LEI FEDERAL Nº 13.460 DE 2017**

Como mencionado anteriormente, somente no ano de 2017, com o advento da Lei Federal nº 13.460, é que houve a regulamentação dos direitos dos usuários de serviços públicos de maneira geral, atendendo ao comando do artigo 27 da EC 19 de 1998 e suprimindo uma mora legislativa de quase vinte anos.

A inércia do Congresso Nacional em deliberar a respeito dos projetos de lei apresentados (Projeto de Lei nº 6.953/2002, substitutivo do PL nº 674/1999) motivaram a

---

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

<sup>13</sup> Adiante-se, pois, que para Plínio Lacerda Martins, “o conceito de consumidor é pautado no princípio da vulnerabilidade, reconhecido na lei consumerista no art. 4. I, significando que o consumidor por ser parte mais fraca na relação de consumo, merece ser tutelado pelo Estado, principalmente na sociedade de risco”. E segue, para justificar sua conceituação de consumidor na pós-modernidade, fazendo o elo entre sociedade de consumo com a sociedade de risco: “Assim, a sociedade de consumo possui um viés com a sociedade de riscos, uma vez que a sociedade de consumo se destina para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos, enquanto a sociedade de risco representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e ‘conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo’ (MARTINS, Plínio Lacerda. MARTINS, Felipe Lacerda Moura. “O ônus do fornecedor quanto ao encaminhamento do produto com vício para conserto na modernidade reflexiva”. *In 25 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Trajetórias e Perspectivas*. Coord. Bruno Miragem, Cláudia Lima Marques, Amanda Flávio de Oliveira. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 238-239.

propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 24) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 2012.

Com o advento da Lei Federal nº 13.460 de 2017, a ADO 24 perdeu o objeto e foi extinta sem resolução do mérito em 20.12.2017.

Até a edição desta lei, a parca previsão legislativa sobre os direitos dos usuários de serviços públicos constava do artigo 7º da Lei Federal nº 8.987 de 1995 – *lei editada com base no artigo 175, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1988* - no qual estão elencados, primordialmente, os direitos e obrigações dos usuários de serviços públicos explorados sob o regime de concessão ou permissão, e que determina expressamente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese.

A par da literalidade do dispositivo – *e da redação dos artigos 6º, X e 22, ambos do CDC<sup>14</sup>, que foi editado antes da Lei de Concessões, e que trazem disposições a respeito de sua aplicação aos serviços públicos em geral* – a incidência plena da legislação consumerista aos serviços públicos não se mostra possível, diante das peculiaridades que envolvem a prestação de tais serviços, atividades econômicas definidas em lei como indispensáveis ao atendimento de interesses da coletividade<sup>15</sup>, conforme melhor será explorado adiante.

Em consequência, algumas derrogações do regime consumerista se mostram necessárias, em prol da incidência do regime jurídico de direito público, que exige *planejamento administrativo* visando ao atendimento do *princípio da universalidade*<sup>16</sup> aos serviços públicos. Trata-se de discussão que tem como pano de fundo o próprio conceito de

---

<sup>14</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

<sup>15</sup> Nesta linha, Marcos Juruena Vilela Souto: “[a] prestação de serviços públicos é atividade positiva da Administração que visa ao atendimento, em concreto, de determinadas necessidades ou utilidades que a sociedade atribuiu ao Estado, por meio da Constituição ou de lei, desenvolvido segundo normas e controles de direito público [...] como a lei não pode afastar a incidência do princípio constitucional fundamental da livre iniciativa, só podem ser definidos como serviços públicos os interesses relevantes da sociedade (juízo político), caracterizados pela sua essencialidade e que reclamem prestação sob normas de direito público, em caráter geral e contínuo, sob controle do Estado.” (SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Proteção do Usuário de Serviços Públicos*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 31, p. 123, abril-jun. 2000).

<sup>16</sup> Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da universalidade consiste na “*possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem*”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55-56. José dos Santos Carvalho Filho afirma que “*O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos*”, mas, de outra feita, devem ser “*prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição*”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 339.

serviço público adotado pelos juristas especialistas publicistas<sup>17</sup>. Nada obstante a adoção do conceito de serviço público como sendo a atividade retirada pelo Estado da livre iniciativa para um regime total ou parcial de direito público<sup>18</sup>, para os fins do presente trabalho assume destaque a concepção ampla de serviço público, que engloba todas as atividades de cunho prestacional, a cargo do Estado e por ele prestadas de maneira direta ou indireta.

Relevante anotar, a propósito, que a Lei Federal nº 8.987 de 1995, em algumas hipóteses - *artigo 6º, § 2º, inciso II, que exige respeito ao interesse da coletividade para legitimar a interrupção do fornecimento do serviço na hipótese de inadimplemento do usuário* -, assim como a jurisprudência, admitem derrogações das regras consumeristas em favor do regime jurídico administrativo<sup>19</sup> (artigo 1º, §2º, I, da Lei Federal nº 13.460 de 2017).

Deve-se frisar que a Lei Federal nº 8.987 de 1995, por atender ao comando do artigo 175, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1988, buscou disciplinar, aprioristicamente, os serviços públicos prestados em regime de concessão ou de permissão

---

<sup>17</sup> Mencione-se a lição de Alexandre Santos de Aragão, que extrai do texto constitucional quatro conceitos de serviço público: “A concepção amplíssima de serviço público, que “equivale a todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, quando menos, a um sinônimo da própria Administração Pública (critério orgânico ou subjetivo), sejam elas externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento.”; a concepção ampla de serviço público, que “corresponderia aos serviços públicos às atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, às funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado”; a concepção restrita de serviço público, que “abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada.”; e decorrente dos arts. 145, II, e 175 da Constituição, que preveem a remuneração específica dos serviços públicos por taxa ou tarifa, respectivamente, essa concepção contemplaria apenas os serviços que pudessem ser financiados dessa forma (...), devendo ainda, nos termos do art. 175, ser de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 122-126).

<sup>18</sup> Já tive oportunidade de afirmar que serviço público é “(...) toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, assim definida pela Constituição Federal ou por lei, visando ao atendimento de necessidades públicas mediatas ou imediatas, decorrentes do convívio social e reguladas por normas total ou parcialmente de direito público”. (WILLEMANN, Flávio de Araújo. MARTINS, Fernando Barbalho. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 146).

<sup>19</sup> A título de exemplo, reconhece-se a impossibilidade de interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais de determinadas categorias de consumidores: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS, COMO SOEM SER HOSPITAIS; PRONTO-SOCORROS; ESCOLAS; CRECHES; FONTES DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA; E SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL.

1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; prontos-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública - , como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade.

2. É que resta assente nesta Corte que: "O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.

Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público (...) " RESP 845.982/RJ.

(...) Tal entendimento se justifica em atendimento aos interesses da coletividade, na medida em que outros usuários sofrerão os efeitos da inadimplência do Poder Público, podendo gerar uma mora continuada, assim como um mau funcionamento do sistema de fornecimento de energia (...)"

5. Embargos de Divergência rejeitados.

(ERESP 845.982/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

por empresas privadas em colaboração com o Poder Público, extraindo-se do artigo 7º da Lei de Concessões<sup>20</sup> a explícita previsão de aplicação concomitante do Código do Consumidor para a proteção dos usuários/consumidores.

Nada obstante, sustenta-se, com fundamento no artigo 175, Parágrafo único, e os incisos II e IV da Constituição Federal de 1988<sup>21</sup> e no artigo 7º, I da Lei Federal nº 8.987 de 1995<sup>22</sup> que todos os contornos jurídicos que conferem efetividade ao conceitos de serviço adequado estão a proteger os usuários dos demais serviços públicos prestados pelo Estado, inclusive os gratuitos e os executados de forma direta pelo Poder Público ou sob outras espécies de vínculo de natureza negocial que não a concessão ou permissão (e.g., parcerias com o Terceiro Setor<sup>23</sup>), não sendo possível afirmar que, por isso, subsista menor proteção com a não incidência do Código do Consumidor.

Mesmo em relação aos serviços públicos explorados sob regime de concessão e permissão, há de se ter em conta que nem todos os usuários destes serviços podem ser enquadrados como consumidores, sob a ótica do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup>. Basta pensar no fornecimento de energia elétrica, nos quais, em muitos casos, o usuário do serviço não é seu destinatário final<sup>25</sup>.

Diante da omissão legislativa então existente, bem como da inaptidão plena do CDC para reger algumas relações jurídicas oriundas de serviços públicos sujeitos a concessão ou

---

<sup>20</sup> “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários; (...)”

<sup>21</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.  
Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) II - os direitos dos usuários; (...) IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>22</sup> “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado;”

<sup>23</sup> A propósito, a Lei Federal nº 13.019/2014 “*estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil*”

<sup>24</sup> “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

<sup>25</sup> Sobre o tema, como aponta Cláudia Lima Marques: “discute a jurisprudência brasileira a vulnerabilidade da pessoa frente aos fornecedores de serviços essenciais, com monopólios naturais ou quase, como a água e a energia elétrica. No caso da água, o STJ já reconheceu como vulneráveis mesmo empresas que utilizavam estes serviços essenciais como insumo. No caso da energia elétrica, o STJ criou toda uma nova teoria de finalismo aprofundado, justamente para valorar mais a vulnerabilidade e a destinação final fático-social destes produtos essenciais, afirmando que a “pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva. Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como excesso e a vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor” (STJ, 4.ª T., REsp 661145/ES, rel. min. Jorge Scartezini, j. 22.05.2005).” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 336-337).

permissão, a distinção entre o consumidor e o usuário de serviço público assumiu relevância, em especial, na jurisprudência.

Um dos critérios que ganhou maior destaque para realizar a diferenciação entre consumidor e usuário de serviço público foi considerar a espécie de serviço público prestado como fator de distinção do regime jurídico aplicável à relação entre usuário e prestador do serviço, o que atingiu certo destaque durante os anos 1990 e começo dos anos 2000 na jurisprudência.

Nesta linha, serviços públicos compulsórios (*e.g.*, serviço público judiciário; serviço de coleta domiciliar de lixo) somente poderiam ser remunerados mediante taxa, devido à obrigatoriedade na utilização do serviço. A seu turno, serviços públicos não compulsórios, em razão da facultatividade de sua utilização pelo particular, poderiam ser remunerados mediante taxa ou preço público, a depender da escolha discricionária do legislador<sup>26-27</sup>.

Nestes casos, uma vez que é a lei a responsável por estabelecer as condições de sua fruição e a forma como se dará a remuneração do Poder Público por disponibilizar o serviço público ao usuário, estaria excluída a incidência do CDC na relação jurídica firmada entre usuário e prestador do serviço<sup>28</sup>.

Diante da – *então* - ausência de lei regulamentando os direitos dos usuários de serviços públicos, a estes somente seriam assegurados aqueles direitos já previstos na própria lei de regulamentação do serviço e a responsabilidade civil objetiva na hipótese de danos sofridos pelo usuário, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, no que tange aos serviços públicos cuja prestação é delegada a particulares mediante contrato de concessão ou permissão, nos termos do antes mencionado artigo 7º da Lei Federal nº 8.987 de 1995, sendo o concessionário ou permissionário

---

<sup>26</sup> Seguindo esta classificação, Kiyoshi Harada: “o atendimento do interesse público primário, que corresponde às atividades essenciais e indelegáveis do Estado, por exemplo, a atividade legislativa, a atividade de defesa do Estado, a atividade policial, a atividade jurisdicional, só pode se desenvolver sob o regime de direito público dando origem à taxa. O interesse público secundário articula-se com as atividades não essenciais, não inerentes ao Estado. Estas podem ser exercidas, quer diretamente pelo Estado, quer por meio de empresas concessionárias. Quando essas atividades secundárias são desempenhadas diretamente pelo poder público, existe a liberdade de o legislador criar a entidade como taxa, ou como preço.” (HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 26. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 56).

<sup>27</sup> A súmula 545 do STF segue a distinção, *verbis*: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.” A parte final da súmula não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que não reproduziu o princípio da anualidade tributária como limitação constitucional ao poder de tributar.

<sup>28</sup> Oportunas as lições de Werson Rego: “Distinguem-se, ainda, os **serviços públicos** dos **serviços de utilidade pública**. **Aos primeiros, tem direitos os cidadãos como contribuintes**, existindo entre estes e o prestador do serviço uma relação jurídica de direito público, já que tais serviços são custeados e mantidos por tributos. Aos segundos, tem o direito os cidadãos como **usuários**, que pelo serviço pagam tarifas ou preços públicos. Neste último caso, somente, há relação de consumo e, portanto, incide o Código de Proteção e Defesa do Consumidor”. (REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Nova Conceção Contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários – Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22)

remunerados mediante o pagamento de tarifa<sup>29</sup>, o CDC disciplina a relação entre usuário e delegatário do serviço, como antes referido. Reitere-se que a Lei Federal nº 8.987 de 1995 (Lei de Concessão) expressamente prevê a aplicação das regras do CDC como direito do usuário/consumidor de serviços públicos concedidos no artigo 7º.<sup>30</sup>

O vínculo jurídico entre o usuário e o prestador do serviço, com efeito, possui natureza contratual, sendo as condições para sua fruição decorrentes, em especial, do contrato de concessão firmado entre Poder Concedente e concessionário de serviço público, da lei que autorizou a concessão do serviço e de regulamentos setoriais referente àquele serviço.

A este respeito, como aponta Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“A relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre a concessionária e o poder concedente. Em situações semelhantes a essa, a doutrina civilista italiana aponta a existência de dois contratos coligados, um, principal, o outro, acessório. Por força do contrato principal - o de concessão -, a concessionária se obriga a prestar, ao usuário, "serviço adequado", definido pela Lei 8.987/95 (art. 6º) como "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". Na hipótese de descumprimento do contrato de concessão, a concessionária está sujeita, conforme o caso: a) à aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, inclusive multas; b) à intervenção na prestação de serviços; c) à extinção da concessão (caducidade). A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. A prestação de "serviço adequado", embora delegada à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como "protetor" da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor. O tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição chega mesmo a tratar dos dois assuntos em dispositivos

---

<sup>29</sup> Convém mencionar a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a respeito das funções da tarifa: “No que se refere à justa remuneração do capital e ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, ambos constitucionalmente garantidos, a *tarifa* é uma *contraprestação de natureza privada*, por isso, imutável, expressando-se esta qualidade na razão de remuneração do capital e do trabalho do concessionário, que, não fora essa garantia, estaria sendo sacrificado individualmente pelo bem-estar geral, violando o princípio da justiça distributiva. No que se refere ao *melhoramento*, à *expansão dos serviços* e aos superiores interesses de *segurança pública*, ambos também constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma *contraprestação de natureza pública*, por isso, alterável conforme o custo do atendimento do interesse público, importando, esta mutabilidade, no incremento ou na redução das parcelas não remuneratórias de capital, que são integradas no *quantum* total da tarifa.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 563).

<sup>30</sup> “Art. 7º. **Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**, são direitos e obrigações dos usuários: **I - receber serviço adequado**; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”. Sem grifos na lei.

diferentes: a concessão, no art. 175; a proteção ao consumidor, nos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V.<sup>31</sup>

Merece críticas a distinção proposta na citação supratranscrita.

De início, há dificuldades em, muitas vezes, definir qual é a espécie de contraprestação paga pelo usuário em razão da prestação do serviço público. A título de exemplo, há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza jurídica do pedágio, existindo entendimento que lhe confere natureza jurídica de taxa<sup>32</sup>, bem como de preço público<sup>33</sup>.

A depender do enquadramento do pedágio em tal ou qual categoria jurídica, mudaria também o respectivo *status* do usuário da via pública, o que constitui forte fator de insegurança jurídica.

Há, ainda, a imensa gama de serviços públicos que são prestados a título gratuito, ou nos quais há previsão de isenções de contraprestação para algumas categorias de usuários. Em tais hipóteses, o critério de diferenciação perde grande parte de sua relevância.

Com efeito, o referido critério tem maior utilidade em relação aos serviços públicos onerosos *uti singuli*, ou seja, aqueles nos quais é possível fracionar a parcela de fruição do serviço, usuário por usuário e, não compulsórios, eis que a obrigatoriedade na prestação do serviço lhe retira a natureza contratual e lhe confere feição tributária, tanto que remunerados mediante taxa.

Neste sentido, e resumindo algumas dificuldades oriundas da adoção do referido critério, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer aponta:

Com efeito, o art. 3.º, § 2.º, do CDC, ao definir os serviços submetidos ao CDC, faz expressa alusão à necessidade de sua remuneração. Assim, na hipótese do serviço não ser remunerado (direta ou indiretamente) não há que se falar em sua submissão às disposições do CDC. Neste contexto, entendo que a ausência de remuneração específica para os serviços públicos gerais ou *uti universi* impede que eles sejam submetidos às disposições do CDC, já que o Estado não se enquadraria no conceito de fornecedor adotado pela Lei 8.078/90. Instaura-se entre o Estado e o usuário uma relação de cidadania, em que o direito à utilização do serviço público advém do fato do usuário ser residente no Brasil e a ele fazer jus por disposição constitucional e não por haver contratado onerosamente o seu usufruto.

---

<sup>31</sup> AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 225, p. 217, jul./set. 2001.

<sup>32</sup> V. p. todos, HARADA, Kiyoshi. Pedágio é taxa e não tarifa. In: *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 22, p. 648–646, nov., 1999.

<sup>33</sup> Nesta linha, na jurisprudência do STF: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. DECRETO 34.417/92, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, conseqüentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 800, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014).

Com a devida vênia, não compartilho da tese de que como tais serviços são custeados através da arrecadação de impostos, o Estado deveria ser considerado fornecedor, por receber uma remuneração indireta. A uma, porque o pagamento do imposto é absolutamente desvinculado da prestação do serviço, tanto que a verba arrecadada pelo imposto não pode ser vinculada à prestação do serviço. A duas porque o pagamento do imposto é feito de forma independente da utilização do serviço. Na realidade a relação que se instaura é de natureza tributária, sendo compulsório o pagamento e não gerando ao contribuinte qualquer contraprestação específica do Estado. Assim, não há que se falar em remuneração, sequer indireta, nos serviços públicos *uti universi*.

Também não me parecem passíveis de enquadramento os serviços remunerados por taxa. Embora eles sejam prestados de forma divisível (*uti singuli*), a sua prestação decorre do exercício de um poder de polícia do Estado, sendo, ademais, compulsório o pagamento da taxa. Neste caso, incide uma relação tributária e não uma relação contratual de consumo.

Ressalto, no entanto, que o elemento mais importante para a incidência do CDC não me parece ser a denominação da remuneração, mas sim a circunstância do serviço ser ofertado no mercado de consumo, sendo, deste modo, objeto de contratação por parte do seu usuário, caracterizando, assim, uma relação de consumo.

Afastam-se assim da incidência do CDC os serviços de utilização coercitiva, remunerados por taxa, já que neles se instaura uma relação tributária, inexistindo contratação pelo seu usuário.<sup>34</sup>

Ademais, relações jurídicas rigorosamente idênticas poderão estar sujeitas a regimes diversos, a depender da forma de remuneração do prestador do serviço público e mesmo de seu próprio enquadramento como serviço público não exclusivo ou atividade econômica privada disponível no mercado de consumo.

Há diversos reflexos daí consequentes, em especial, no que tange à atribuição para fiscalização da boa prestação do serviço – *se a cargo dos órgãos de defesa do consumidor, em se tratando de atividade econômica privada, ou das Agências Reguladoras, no caso de serviços públicos* – assim como em relação aos direitos assegurados aos usuários do serviço público e a possibilidade de surgimento do dever de indenizar o usuário vítima de ato ilícito.

A título de exemplo, é bastante comum que a Administração Pública, mediante o pagamento de preço público, autorize que particulares estacionem veículos automotores, motocicletas e bicicletas em espaços localizados em bens públicos, tais como universidades públicas, e em logradouros públicos.

Da mesma forma, a exploração da atividade econômica de estacionamento por particulares é bastante comum. Com efeito, até mesmo de forma a prestigiar a modicidade tarifária<sup>35</sup>, constante do artigo 11 da Lei nº 8.987 de 1995, o Poder Público preveja, dentre as

---

<sup>34</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços Públicos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, p. 227-230, jan./mar. 2008.

<sup>35</sup> Sobre a modicidade tarifária, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello aponta que “as tarifas devem ser bitoladas dentro de termos razoáveis, a fim de, por um lado, permitir a difusão do serviço público por toda a população e por outro lado, dar resultado financeiro ao concessionário.” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspectos da regulamentação dos serviços públicos. In: *Revista Forense*, n. 87, p. 13-26, jul./set., 1941).



possíveis receitas alternativas dos concessionários ou permissionários de serviços públicos, a possibilidade de utilização de espaços localizados em bens públicos para estacionamento de veículos.

No primeiro caso, a jurisprudência tem atribuído responsabilidade civil ao Estado somente se comprovada a existência de vigilância específica de entrada e saída no local, excluindo a responsabilização do ente público se não demonstrado o referido controle de fluxo<sup>36</sup>, assemelhando a utilização do espaço a uma autorização de uso de bem público<sup>37</sup>. Não há, no entender dos Tribunais, dever de guarda do automóvel neste caso, a par de eventual remuneração pela utilização do espaço público.

Na segunda hipótese, por sua vez, a jurisprudência<sup>38</sup> reconhece o dever de guarda do particular que explora a referida atividade econômica – *e, via de consequência, do concessionário ou permissionário de serviço público que igualmente exercê-la* - em razão da incidência do Código de Defesa do Consumidor, resultante do artigo 7º da Lei Federal nº 8.987 de 1995, atraindo o regime de responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 14 do CDC, em tal situação. O entendimento, inclusive, se encontra cristalizado no verbete 130 da súmula da jurisprudência do STJ<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Nesta linha: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. FURTO DE VEÍCULO. ESTACIONAMENTO DISPONIBILIZADO NAS DEPENDÊNCIAS DE UNIVERSIDADE FEDERAL. SÚMULA 07/STJ.

1. O Poder Público deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área de estacionamento pertencente a estabelecimento público, apenas, quando dotado de vigilância especializada para esse fim. Precedentes do STJ: Ag 937819/SC, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 20/06/2008; REsp 625604/RN, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ de 02/06/2008 e REsp 1032406/SC, Relator Ministro ARI PARGENDLER, DJ de 30/04/2008; REsp 438.870/DF, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 01/07/2005 4. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1081532/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009) (original não grifado)

<sup>37</sup> Como aponta José dos Santos Carvalho Filho: “[a]utorização de uso é o ato administrativo pelo qual o Poder Público consente que determinado indivíduo utilize bem público de modo privativo, atendendo primordialmente a seu próprio interesse. Esse ato administrativo é unilateral, porque a exteriorização da vontade é apenas da Administração Pública, embora o particular seja o interessado no uso. É também discricionário, porque depende da valoração do Poder Público sobre a conveniência e a oportunidade em conceder o consentimento. Trata-se de ato precário: a Administração pode revogar posteriormente a autorização se sobrevierem razões administrativas para tanto, não havendo, como regra, qualquer direito de indenização em favor do administrado.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 1324).

<sup>38</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ARROMBAMENTO DE VEÍCULO E FURTO A CLIENTE EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. FORTUITO EXTERNO. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA Nº 130 DO STJ. ACÓRDÃO ESTADUAL ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. Conforme precedentes desta Corte, a Súmula nº 130 do STJ não comporta interpretação restritiva, não se podendo considerar o furto ou roubo de veículo causa excludente da responsabilidade das empresas que exploram o estacionamento de automóveis, na medida em que a obrigação de garantir a integridade do bem é inerente à própria atividade por elas desenvolvida (REsp 976.531/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 8/3/2010). (...) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 828.527/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 22/11/2016)

<sup>39</sup> Verbetes 130 da Súmula da jurisprudência do STJ: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

Esta desigualdade de tratamentos, somada às dificuldades em considerar tal ou qual situação como submetida ao Código de Defesa do Consumidor ou – até então – desprovida de lei regulamentadora, configura forte fator de insegurança jurídica e de atingimento da isonomia material, eis que indivíduos em situação semelhante estão recebendo tratamento diverso. A Lei Federal nº 13.460 de 2017, no ponto, inaugurou nova sistemática, sobre a qual se passa a discorrer.

## **2 – A DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E CONSUMIDOR APÓS A LEI FEDERAL Nº 13.460 DE 2017 E A INCIDÊNCIA DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Como referido, a Lei Federal nº 13.460 de 2017 veio suprir uma longa mora legislativa, que se perpetuava desde a edição da EC 19 de 1998, em grande parte responsável pelas controvérsias envolvendo a distinção entre as figuras do usuário de serviços públicos e o consumidor<sup>40</sup>.

É importante destacar que a lei **não** pôs fim a uma das grandes controvérsias no tema, que diz respeito aos **limites à aplicação do CDC aos serviços públicos**. Trata-se de tema complexo, que, em certa medida, transcende os limites do presente trabalho e que constitui, de longa data, uma das grandes polêmicas doutrinárias<sup>41</sup> em matéria de serviços públicos.

---

<sup>40</sup> Cesar A. Guimarães Pereira, escrevendo antes da edição da Lei Federal nº 13.460 de 2017, bem resumiu suas conclusões acerca da distinção entre usuário de serviço público e consumidor: “(a) o usuário, ao contrário do consumidor, não é necessariamente o destinatário final do serviço público; (b) o usuário, ao contrário do consumidor, não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa do serviço público; (c) o usuário, ao contrário do consumidor, detém direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo, independentemente até da efetiva fruição do serviço; (d) a vulnerabilidade, que integra o conceito jurídico de consumidor, não é uma característica essencial do usuário; (e) a vulnerabilidade, especialmente técnica, está frequentemente (ou praticamente sempre) presente nas relações de serviço público e deve ser levada em conta na aplicação as normas de direito público, conduzindo ao reconhecimento do dever do prestador de, sendo o principal detentor das informações pertinentes, comprovar a regularidade de sua conduta em certos casos; (f) a relação de serviço público, opor envolver o desempenho de função administrativa, é protegida pelo regime jurídico de direito público, que assegura deveres-poderes ao Poder Público e, se houve, ao delegatário da prestação do serviço (embora os *poderes de autoridade* estejam reservados ao Poder Público, atribuindo-se ao prestador privado apenas prerrogativas limitadas e compatíveis com a sua natureza; (g) o usuário não é um agente de economia de mercado porquanto o serviço público está, por definição, fora do mercado da economia privada (art. 173 da Constituição); o usuário está ligado a uma atividade de econômica em sentido amplo, uma vez que o serviço público submete-se ao regramento especial do art. 175 da Constituição; (h) o CDC contém disciplina específica para o serviço público em geral (arts. 22 e 59, § 1º), cuja aplicação independe da parte remanescente do CDC e não pressupõe nem acarreta a caracterização de uma relação de consumo; (i) o *modo de pensar* consagrado no CDC é fundamental para a evolução nas relações administrativas atinentes ao serviço público, proporcionando novas perspectivas de interpretação e aplicação do regime de direito público em face da similaridade das situações de *consumidores e usuários*; (j) a aplicação do CDC nos espaços de liberdade deixados pela regulação pública, especialmente nos serviços públicos prestados em regime competitivo (p. ex. alguns serviços de telecomunicações, transportes operações portuárias), não transforma *usuário* em *consumidor*, pois mesmo nestes campos prevalece a disciplina de direito público em caso de conflito- o que reafirma a distinção original entre essas figuras.” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos – usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 206-207.

<sup>41</sup> Como aponta Alexandre Santos de Aragão: “o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo. Os serviços públicos, ao revés, constituem atividades de prestação de bens e serviços muitas vezes titularizadas pelo Estado com exclusividade, só podendo ser prestados por particulares enquanto delegatários (*res extra commercium*). A razão para tais atividades econômicas serem retiradas da livre iniciativa e submetidas a um regime jurídico tão especial se explica pelo

Destaque-se a abrangência da novel legislação, que se destina a disciplinar a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública (artigo 1º), sendo serviço público considerado como a atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública (artigo 2º, inciso II<sup>42</sup>).

Abre-se aqui espaço para uma observação importante. Nada obstante o artigo 2º III, da Lei Federal nº 13.460 de 2017 conceituar administração pública como o “*órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública*”, não está livre de sua abrangência, ainda que subsidiariamente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor e à Lei Federal nº 8.987 de 2005 (Lei de Concessões), as empresas privadas prestadoras de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão. Isto porque, apesar da deficiência conceitual do inciso III do artigo 2º, o artigo 1º da referida legislação é textual ao determinar sua aplicação aos usuários (ou mesmo consumidores) dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública. Prestação indireta de serviços públicos pelo Estado abrange, por certo, a delegação da execução de serviços públicos a pessoas jurídicas mediante celebração de contratos de concessão ou por permissão.

Com efeito, a lei adota a concepção ampla de serviço público antes mencionada<sup>43</sup>, a qual corresponde às atividades de cunho prestacional do Estado. Em relação às demais funções administrativas (*e.g.*, polícia administrativa; poder disciplinar; regulação), a definição de serviço público utilizada pelo legislador deixa clara sua intenção de não regular os direitos do administrado nestas hipóteses<sup>44</sup>.

O conceito de serviço público adotado pelo legislador no artigo 1º, § 2º da Lei Federal nº 13.460 de 2017 (no que é complementado pelo artigo 5º da mesma Lei), demonstra sua vocação de norma geral na matéria e não exclui, aprioristicamente, a incidência do CDC. Na verdade, o legislador pretendeu trazer um patamar mínimo de regulamentação, sem excluir a aplicação de normas específicas, quando existentes (*e.g.*, serviços públicos sob regime de

---

fato de visarem a assegurar os interesses dos cidadãos enquanto integrantes de uma mesma sociedade, não como pessoas individualmente consideradas.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Ob. cit., p. 394).

Logo após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Adalberto Pasqualotto sustentou que “os serviços públicos próprios não são pagos diretamente pelos cidadãos ao Estado. Eles são mantidos mediante os tributos gerais. Embora preste os serviços, o Estado não se caracteriza como fornecedor, porque falta-lhe o requisito da profissionalidade. Daí não se dever enquadrar os serviços públicos propriamente ditos (*uti universi*) na categoria de serviços de consumo. (PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, p. 130 - 148, jan./mar. 1992).

<sup>42</sup> “Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - usuário - pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;  
II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;(...)”.

<sup>43</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Loc. cit., nota 7.

<sup>44</sup> LIMA, Valéria Vaz de; FERREIRA, Gustavo Assed. A tutela dos direitos dos usuários dos serviços públicos: algumas considerações sobre a Lei nº 13.460/2017. In: *Fórum Administrativo*, n. 221, p. 71, jul. 2019.

concessão e permissão, nos quais há a disciplina das Agências Reguladoras – ver artigo 1º, § 1º, I) a Lei Federal nº 8.987 de 1995 e, sobretudo, o CDC. Há uma nítida “vontade legislativa” de aproximação dos institutos, preservando as especificidades de cada sistema. Caberá ao intérprete a arte de harmonizá-los.

Nada obstante, é justamente do artigo 1º, § 2º, da Lei Federal nº 13.460 de 2017 que se extrai a nítida distinção entre usuário de serviços públicos e consumidor. O inciso II do Parágrafo Segundo do artigo 1º, com efeito, determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor quando caracterizada relação de consumo no bojo da prestação de serviço público. Aqui, portanto, o ponto central da novel legislação para o trabalho que se busca estruturar. A propósito, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 5.830 – CE, em agosto de 2019, pontuou a distinção entre consumidor e usuário de serviços públicos e a existência de dois regimes jurídicos constitucionais e legais que devem ser respeitados e harmonizados, merecendo destacar para a ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 16.291/2017 DO ESTADO DO CEARÁ. INSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO PARA AS OPERADORAS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL DE DISPONIBILIZAREM EXTRATO DETALHADO DE CONTA DAS CHAMADAS TELEFÔNICAS E SERVIÇOS UTILIZADOS NA MODALIDADE DE PLANO PRÉPAGO, TAL QUAL É FEITO NOS PLANOS PÓS-PAGOS, SOB PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA DISCIPLINAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES (ARTIGOS 21, XI, E 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (ARTIGO 24, V E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). **USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME JURÍDICO É DISTINTO DAQUELE DO CONSUMIDOR** (ARTIGO 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADOPROCEDENTE O PEDIDO. **1. O consumidor e o usuário de serviços públicos ostentam regimes jurídicos diversos. Enquanto o primeiro se subsume ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, este último observa a lógica da solidariedade social** (artigo 3º, I, da Constituição Federal) **e encontra sede específica na cláusula “direitos dos usuários”, prevista no artigo 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal.** Precedentes: ADI 3.847, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 9/3/2012; ADI 3.343, redator do acórdão min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 22/11/2011; ADI 3.322, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 29/3/2011. **2. A Lei 16.291/2017 do Estado do Ceará, ao instituir a obrigação de as operadoras de telefonia fixa e móvel disponibilizarem, em seus sítios eletrônicos, extrato detalhado de conta das chamadas telefônicas e serviços utilizados na modalidade de recarga de créditos por pagamento antecipado (plano pré-pago), tal qual é feito nos planos pós-pagos, sob pena de multa, invadiu a competência legislativa e administrativa da União para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações** (artigos 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal). **3. A competência privativa da União para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações** (artigos 21, XI, e 22, IV) **impede os Estados-Membros de editar normas aplicáveis aos prestadores de serviços de telecomunicações.** **4. A competência concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre direito do consumidor** (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) **não pode conduzir à frustração da teleologia**

**das normas que estabelecem as competências legislativa e administrativa privativas da União em matéria de telecomunicações.** Precedentes: ADI 5.253, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.861, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.477, rel. min. Rosa Weber, Plenário, DJe de 31/5/2017; ADI 2.615, rel. min. Eros Grau, redator do acórdão min. Gilmar Mendes, DJe de 18/5/2015; ADI 4.478, rel. min. Ayres Britto, redator do acórdão min. Luiz Fux, DJe de 29/11/2011. 5. Ação direta CONHECIDA e julgado PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 16.291/2017 do Estado do Ceará”.<sup>45</sup>

A definição da relação jurídica como sendo consumerista<sup>46</sup> ou não, porém, será atribuição do Código de Defesa do Consumidor, que é lei específica no tema, editada com fundamento no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988. O legislador caminhou bem ao não trazer definições próprias, quiçá, conflitantes com o CDC. Tal providência constituiria fator de insegurança jurídica e colocaria a isonomia entre os usuários em risco. Mais: poderia contribuir, a depender da capacidade criativa do intérprete, como fator de não proteção do hipossuficiente; o que certamente não deseja o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Reitere-se, porém, que o Código de do Consumidor estabelece sua aplicação aos serviços públicos nos artigos 6º, X e 22, que, expressamente, preveem o dever de os órgãos públicos em geral e as empresas concessionárias e/ou permissionárias prestarem serviço público de forma adequada, eficiente, segura e, quanto aos essenciais, contínuos.

As regras consumeristas, entretanto, devem ser aplicadas aos serviços públicos com cuidado, moderação e, sobretudo, sem paixões doutrinárias ou institucionais para identificar a presença de “relação jurídica de consumo”, tal qual consta no já mencionado artigo 1º, § 2º, II da Lei Federal nº 13.460 de 2017. Por isso é que se reafirma que a Constituição Federal de 1988, a Lei Federal nº 8.987 de 1995 e a Lei Federal nº 13.460 de 2017 previram, em alguma medida, a incidência do CDC aos serviços públicos. Entretanto, é fundamental

---

<sup>45</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.830 CEARÁ – julgamento, por maioria, em 30/08/2019 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF. Relator Ministro Luiz Fux. Consulta no site do STF (<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341826370&ext=.pdf>) em 07/12/2019.

<sup>46</sup> Sobre o conceito de relação jurídica consumerista, abordando as correntes minimalistas (finalistas) e maximalistas para a noção de consumidor, mencione-se a doutrina de Guilherme Magalhães Martins: “A verificação do campo de incidência das normas da Lei 8.078/90 depende, em primeiro lugar, do assentamento de uma noção de consumidor, de modo a dimensionar as relações jurídicas a serem tuteladas. Tal noção deve abranger o não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional (comerciante, industrial ou profissional liberal), sendo insuficiente à plena compreensão da matéria a noção subjetiva de consumidor, que exclui os contratos concluídos entre dois profissionais, com fim lucrativo.(...) Merece uma breve referência, nos limites deste trabalho, a polêmica entre os maximalistas e os finalistas, no tocante à abrangência do conceito jurídico de consumidor, que, para os primeiros, é o mais amplo possível, abrangendo indistintamente as pessoas naturais e jurídicas, independentemente da finalidade lucrativa.(...) Para os finalistas, portanto, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, sendo necessário ser destinatário final econômico do bem, não o adquirindo para revenda ou para uso profissional, pois do contrário o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Para os Maximalistas, em contrapartida, o destinatário final seria o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do mercado, para utilizá-lo ou consumi-lo, por exemplo, a fábrica de celulose que compra uma máquina de escrever para seu escritório.” (MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 56-58.

harmonizar os institutos de modo a não os aniquilar em suas especificidades<sup>47</sup>. O critério que busca nas “espécies” de serviços públicos o “norte” para o melhor *diálogo das fontes normativas*<sup>48</sup> e, assim, para a compatibilização da aplicação do Código do Consumidor, parece seguir sendo o mais seguro. Os serviços públicos gratuitos genuinamente e os remunerados por tributos e postos à disposição da sociedade obrigatoriamente (exemplos: saúde pública, educação pública, defensoria pública, advocacia pública, polícia, registro e licenciamento de veículos, dentre outros) não devem ser regulados pelo CDC pois não se evidencia relação jurídica de consumo; aplicam-se as proteções contidas nos princípios do

---

<sup>47</sup> Nesta linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 0053271-59.2013.8.19.0002, reconheceu a concomitância da aplicabilidade da Lei Federal nº 13.460 de 2017 e do Código de Defesa do Consumidor na prestação do serviço público intermunicipal por ônibus. Confirma-se a ementa do acórdão, onde é possível extrair a interpretação dos sistemas normativos para a proteção do usuário/consumidor do serviço público concedido: “Apelação Cível. Direito Civil. Ação Civil Pública. Concessionária de serviço de transporte intermunicipal de passageiros. Demanda ajuizada pelo Ministério Público, pleiteando a condenação da concessionária a cumprir a tabela de tarifas publicada pelo DETRO/RJ, sem acrescer valores a título de embarque e pedágio, em especial na linha Niterói X Campos, bem como a se abster de pôr em circulação ônibus sem o selo de vistoria, pleiteando ainda sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Ré que foi autuada pelo DETRO por descumprimento da tabela e por dois veículos sem o selo. Tutela antecipada deferida. Notícia de duas novas autuações por falta do selo de vistoria, no curso do feito. Sentença de procedência. Apelo da ré, alegando ser extra petita o julgado. Vício que não se verifica, extraindo-se com clareza da inicial o pedido autoral, integralmente atendido na sentença. Reiteração de pleito de denúncia da lide ao DETRO, já rejeitado por decisão interlocutória proferida na vigência do CPC/73, sem que houvesse recurso. Preclusão que se verifica e, ainda que assim não fosse, a hipótese que não autoriza a denúncia eis que ausente responsabilidade subsidiária do DETRO. Legitimidade ativa do MP. O acesso à justiça constitui garantia constitucional, de sorte que o só fato de ser prestador de serviço público regulado pelo Estado não afasta a possibilidade de responder judicialmente por cobranças indevidas ou violação à segurança dos passageiros. Inteligência do art. 82, I, c/c art. 91, do CDC. **A existência de normas expedidas por agências reguladoras não afasta a aplicação do CDC. Ao revés, é complementar, de modo que ambas se aplicam concomitantemente, em benefício do consumidor. O art. 27 da EC 19/98, bem como a Lei 13.460/2017, citados pela apelante, não excluem a aplicação do CDC, sendo garantias concomitantes.** Inteligência da Súmula 601 do STJ. Descumprimento do quadro tarifário evidenciado nos autos, pelo acréscimo de taxa de embarque e pedágio à passagem. Tarifa estabelecida pelo DETRO que já engloba tais despesas, integrantes do custo operacional, conforme o art. 12 do Regulamento do Decreto 3.893/81. Ausência de prova de que tais despesas não tenham integrado o cálculo. Art. 57 do Regulamento que veda a cobrança de valores além do preço da passagem, excetuando-se apenas “as taxas oficiais diretamente relacionadas com a prestação do serviço” e, ainda assim, somente “depois de homologadas e autorizadas pelo Secretário de Estado de Transportes”. Valores de embarque e pedágio que não ostentam natureza de taxa, modalidade tributária, tratando-se de tarifas pagas às administradoras do terminal e da rodovia. Além disso, a ré não traz aos autos prova alguma de homologação ou autorização, pelo Secretário de Estado de Transportes, de cobrança de tais valores além da tabela do DETRO. Dano moral coletivo amplamente admitido na jurisprudência, consubstanciado na ofensa a direito da personalidade de uma coletividade de pessoas, ainda que indeterminadas, que fazem uso dos serviços prestados pelo fornecedor causador do dano. Precedentes do STJ e deste TJRJ. Não é admissível a circulação de ônibus intermunicipais sem o selo de vistoria, sob pena de se comprometer a própria segurança dos consumidores. Conduta reiterada da ré, submetendo seus passageiros a trajeto em ônibus não vistoriados. Quantum arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0053271-59.2013.8.19.0002, Rel. Des. Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy, 23ª Câmara Cível, julgamento em 20.02.2019 - extraído do site [http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EE121327E84F9BBD2557E764AFF5D314C5095B431E0D&USER=\(TJRJ\) - em 07/12/2019\).](http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EE121327E84F9BBD2557E764AFF5D314C5095B431E0D&USER=(TJRJ) - em 07/12/2019).)

<sup>48</sup> Para Cláudia Lima Marques, “O uso da expressão do mestre, “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérencedérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”. (MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123).

artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, nos contornos do conceito de serviço público adequado da Lei Federal nº 8.987 de 1995 e na Lei Federal nº 13.460 de 2017.

Já os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado (administração direta ou indireta), divisíveis e cobrados por tarifa que condicionam a contraprestação, podem e devem ser regulados pelo CDC, pela Lei de Concessões e também pela Lei Federal nº 13.460 de 2017<sup>49</sup>. Há razões jurídicas para, a partir do *diálogo das fontes normativas*, se impor restrições à aplicação do CDC aos serviços públicos.

Em primeiro lugar, porque a Constituição Federal de 1988, nada obstante prever a necessidade de edição de um Código de Defesa do Consumidor, também previu, no artigo 37, § 3º, inciso I, a necessidade de edição de lei (materializada na Lei Federal nº 13.460 de 2017, em comento) para, separadamente, regular “*as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços*”.

Em segundo lugar, a existência de regulamentos administrativos normativos editados pelas Agências Reguladoras, expressamente autorizadas pela Constituição da República de 1988 e pela legislação infraconstitucional posterior à edição do CDC (*e. g. artigo 21, inciso XI da CRFB/88 e a Lei Federal nº 9.472/97, que criou ANATEL*), que, em muitas ocasiões, acabam por traçar regras de condutas para os prestadores de serviço público, às vezes de forma contrária ao que preceitua o Código de Defesa do Consumidor<sup>50</sup>. Não é possível olvidar

---

<sup>49</sup> Apesar de a hipótese não refletir, exatamente, a prestação de um serviço divisível pelo Estado (mas por um particular), acredita-se ser possível extrair a mesma conclusão caso os fatos julgados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (ementa abaixo) estivessem a tratar de um cemitério público com serviço individualizado e cobrado. “CDC. CEMITÉRIO PARTICULAR. A recorrente administra um cemitério particular, comercializa jazigos ali existentes e disponibiliza aos titulares dos direitos de uso dos sepulcros outros serviços (traslado de corpos, exumação, floricultura, lanchonete etc.). Nesse contexto, vê-se que, conforme precedente, o MP tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para o controle de cláusulas estipuladas nos contratos referentes àqueles jazigos. Há também a incidência do CDC nessas relações, pois não há dúvidas de que a recorrente disponibiliza os serviços mencionados e deles se valem aqueles titulares de forma não profissional, como destinatários finais fáticos e econômicos (teoria subjetiva), em especial situação de vulnerabilidade (o falecimento de amigo ou parente próximo). Anote-se não impedir a aplicação do CDC a natureza pública emprestada aos serviços funerários e cuidar-se aqui, como dito, de cemitério particular e não de cemitério público municipal, bem público de uso especial, sujeito não ao contrato, mas à outorga de concessão de uso pelo Poder Público, ato tipicamente administrativo. Dessarte, se incidente o CDC, os juros de mora devem limitar-se ao patamar de 2%, tal como imposto pelo § 1º do art. 52 daquele código, limitação aplicável tanto aos financiamentos diretos quanto aos indiretos, aí incluída a promessa de cessão de jazigos firmada pela recorrente. Contudo, a restituição da quantia indevidamente cobrada dos consumidores desses serviços a título de juros de mora deve ser efetivada de forma simples e não em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC), isso em razão do erro justificável, pois ainda inexistente posicionamento firme e reiterado sobre a aplicação do CDC às relações referentes aos jazigos em cemitérios particulares, e a cobrança da multa moratória em 10%, tal como se deu na hipótese, seria válida se incidente o CC/2002. Precedentes citados: REsp 440.617-SP, DJ 17/3/2003; REsp 622.101-RJ, DJe 17/5/2004; REsp 747.871-RS, DJe 18/11/2008, e REsp 476.649-SP, DJ 25/2/2004. REsp 1.090.044-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/6/2011”.

<sup>50</sup> Reitere-se, neste sentido, a lição de Cesar A. Guimarães Pereira: “a aplicação do CDC nos espaços de liberdade deixados pela regulação pública, especialmente nos serviços públicos prestados em regime competitivo (p. ex. alguns serviços de telecomunicações, transportes operações portuárias), não transforma *usuário* em *consumidor*, pois mesmo nestes campos prevalece a disciplina de direito público em caso de conflito- o que reafirma a distinção original entre essas figuras.” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos – usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 207

que a prestação de serviços públicos exige planejamento estatal visando atingir os princípios da eficiência e universalidade e, por isso, não se afigura possível a aplicação irrefletida de todas as regras e princípios do CDC aos serviços públicos.

Por isso, reitera-se posicionamento anteriormente publicado<sup>51</sup>, no sentido de que não se afigura correto, juridicamente, descartar sumariamente a aplicação do Código do Consumidor aos serviços públicos, eis que, de alguma forma, desbordam sobre os usuários; isto constituiria violação frontal da Constituição da República de 1988, da Lei Federal nº 13.460 de 2017 e do próprio CDC. Todavia, nos serviços públicos gratuitos e os indivisíveis custeados por tributo (sobretudo impostos), deve o CDC ser aplicado de forma subsidiária às regras de direito público que norteiam a matéria, notadamente as da Constituição Federal de 1988, da Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987 de 1995 – editada posterior ao CDC e com mesma estatura constitucional), da Lei Federal nº 13.460 de 2017 e dos regulamentos administrativos<sup>52</sup> legais (à luz da legislação eu os autorizou) e razoáveis editados pelas Agências Reguladoras de serviços públicos, que frontalmente não contrariem as legislações anteriormente referidas.<sup>53</sup>

## CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que até a edição da Lei Federal nº 13.460 de 2017, o critério de distinção que ganhou maior destaque para realizar a diferenciação entre consumidor e usuário de serviço público foi considerar a espécie de serviço público prestado para identificar o regime jurídico aplicável à relação entre usuário e prestador do serviço. Tal critério, acredita-

---

<sup>51</sup> A posição que ora se reitera vem sendo sustentada de longa data; por isso, oportuno reproduzi-la neste estudo. (WILLEMANN, Flávio de Araújo. MARTINS, Fernando Barbalho. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2015, pág. 146-148).

<sup>52</sup> André Saddy bem esclarece o poder normativo da Administração Pública: “Relacionada com o poder normativo ou regulamentar está a possibilidade da Administração adotar normas gerais para complementar, precisar – e não alterar – as normas adotadas pela função legislativa e permitir sua efetiva aplicação. A margem de liberdade está presente para oferecer complementação a uma norma legislativa e, também, para propor segurança ao ordenamento jurídico. Esta margem somente se exerce à luz de uma norma previamente adotada pelo Poder Legislativo. São normas emanadas para que se executem fielmente as leis.” (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 95).

<sup>53</sup> Por sua importância, entende-se relevante mencionar a ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2006.001.42485, no qual o Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos se ocupou do tema com acuidade jurídica já no ano de 2006: “SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. A relação entre fornecedor e consumidor não se confunde com a firmada por concessionária e usuário, dado que o concedente é o poder público, caso em que se observa a supremacia do interesse público. Vácuo legislativo em reger os direitos do usuário em relação à concessionária. Inadimplemento do Congresso Nacional com o disposto no art. 27, da Emenda Constitucional nº 19/98, que determina a edição da lei de defesa do usuário de serviços públicos. *Aplicação somente analógica da legislação consumerista, que deve ser interpretada em harmonia com outros diplomas. Se há regulamento administrativo estabelecendo a forma como será regulada a relação, descabe a invocação do Código do Consumidor para obter algo que com aquele contrasta*. Usuário inadimplente no pagamento de suas contas. Suspensão do fornecimento por falta de pagamento. Auto-tutela admitida por lei após prévio aviso comprovado nos autos. Recurso desprovido”. (2ª Câmara Cível do TJRJ – Apelação Cível nº 2006.001.42485 – julgamento em 23/08/2006) – sem grifo no original.



se, merece ser mantido visando à harmonização das normas protetivas dos usuários de serviços público e as dos consumidores.

Neste sentido, serviços públicos compulsórios somente poderiam ser remunerados mediante taxa, devido à obrigatoriedade na utilização do serviço. A seu turno, serviços públicos não compulsórios, em razão da facultatividade de sua utilização pelo particular, poderiam ser remunerados mediante taxa ou preço público, a depender da escolha discricionária do legislador.

Nestes casos, uma vez que é a lei a responsável por estabelecer as condições de sua fruição e a forma como se dará a remuneração do Poder Público por disponibilizar aquele serviço público ao usuário, estaria excluída a incidência do CDC na relação jurídica firmada entre usuário e prestador do serviço.

Por outro lado, no que tange aos serviços públicos cuja prestação é delegada a particulares mediante contrato de concessão ou permissão, sendo o concessionário ou permissionário remunerados mediante o pagamento de tarifa, cabendo ao CDC disciplinar, aprioristicamente, a relação entre usuário e delegatário do serviço.

O vínculo jurídico entre o usuário e prestador do serviço, com efeito, possui natureza contratual, sendo as condições para sua fruição decorrentes, em especial, do contrato de concessão firmado entre Poder Concedente e concessionário de serviço público, da lei que autorizou a concessão do serviço e de regulamentos setoriais referente àquele serviço.

Com o advento da Lei Federal nº 13.460 de 2017, extrai-se a nítida distinção entre usuário de serviços públicos e consumidor trazida pelo seu artigo 1º, § 2º, inciso II. Com efeito, o dispositivo determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor quando caracterizada relação de consumo no bojo da prestação de serviço público. Quanto às demais espécies de serviços públicos, por sua vez, estar-se-á diante de relação jurídica publicista legal, tendo um usuário.

## **REFERÊNCIAS:**

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 225, p. 217-219, jul./set. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 26. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017.

\_\_\_\_\_. Pedágio é taxa e não tarifa. In: *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 22, p. 648–646, nov., 1999.

LIMA, Valéria Vaz de; FERREIRA, Gustavo Assed. A tutela dos direitos dos usuários dos serviços públicos: algumas considerações sobre a Lei nº 13.460/2017. In: *Fórum Administrativo*, n. 221, p. 68-76, jul. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Plinio Lacerda. MARTINS, Felipe Lacerda Moura. “O ônus do fornecedor quanto ao encaminhamento do produto com vício para conserto na modernidade reflexiva”. In *25 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Trajetórias e Perspectivas*. Coord. Bruno Miragem, Claudia Lima Marques, Amanda Flávio de Oliveira. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspectos da regulamentação dos serviços públicos. In: *Revista Forense*, n. 87, p. 13–26, jul./set., 1941.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. MARTINS, Fernando Barbalho. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, p. 130 - 148, jan./mar. 1992.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de Serviços Públicos – usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, p. 226-250, jan./mar. 2008.

REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Nova Concepção Contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários – Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Proteção do Usuário de Serviços Públicos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 31, p. 122-145, abril-jun. 2000.

# PRIVACIDADE: OS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Plínio Lacerda Martins

André Roberto de Souza Machado

Marcos Cesar de Souza Lima

Resumo: O século XX foi um período de consagração dos direitos da personalidade, em particular nos Estados Democráticos de Direito, cujos sistemas jurídicos foram centrados na dignidade humana. A proteção da privacidade vem na esteira dessa tutela, superando a noção oitocentista de tutela proprietária da vida privada, para uma categoria de proteção de ordem pública ponderada por outros direitos fundamentais, como o direito à informação. A evolução acelerada da tecnologia e da capacidade de processamento de dados colocou os dados pessoais no centro do debate da privacidade e hoje se discute a sua condição de direito autônomo da personalidade.

Palavras-chave: Modernidade. Privacidade. Direitos da Personalidade. Informação. Dados Pessoais.

Abstract: The twentieth century was a period of consecration of personality rights, in particular in the Democratic States of Law, whose legal systems were centered on human dignity. The protection of privacy comes in the wake of this guardianship, surpassing the eight-year notion of guardianship that owns private life, to a category of protection of public order weighted by other fundamental rights, such as the right to information. The accelerated evolution of technology and data processing capacity has placed personal data at the heart of the privacy debate and today discusses its status as a standalone personality right.

Keywords: Modernity. Privacy. Personality Rights. Information. Personal Data.

Sumário: Introdução; 1. Privacidade e Dignidade da Pessoa Humana; 2. Privacidade e Dados Pessoais; 3. Dados Pessoais como Direito Autônomo; Conclusão; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no âmbito do Programa de doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), da Universidade Federal Fluminense, sob a orientação do Professor doutor Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo integra a obra coletiva *Consumidor e Consumo na Era da Informação*, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos, Instituições e Negócios, da Universidade Federal Fluminense (UFF), sob a coordenação dos professores doutores Plínio Lacerda Martins, Guilherme Martins e Marcos Cesar de Souza Lima.

No primeiro capítulo tratamos do direito à privacidade e sua evolução ao longo do tempo, culminando no seu amadurecimento como direito da personalidade, consagrado nos Estados Democráticos de Direito como corolário da tutela da dignidade humana. O amadurecimento da tutela da privacidade conduziu, como se verá, à superação do modelo de tutela meramente proprietário e patrimonialista, bem como à imposição de limites à autonomia da vontade como único requisito para a validade do consentimento.

Abordamos, em seguida, no segundo capítulo, a relação da privacidade e dos dados pessoais e o reconhecimento destes como um conteúdo daquela, na medida em que os dados pessoais poderiam conter ou conduzir a uma violação da intimidade ou da vida privada. Abordou-se neste ponto o surgimento dos instrumentos de proteção aos dados pessoais e a gradativa preocupação dos Estados com os efeitos nocivos do tratamento irregular desses dados.

No terceiro capítulo apresentamos o atual estágio da discussão acerca da tutela dos dados pessoais, não mais como um conteúdo do direito à privacidade, mas como um verdadeiro direito autônomo que, embora possua pontos de intercessão com a privacidade, a esta transcende e justifica um tratamento apartado.

O trabalho teve por base, principalmente, as obras de Danilo Doneda e de Bruno Ricardo Bioni. O primeiro pelo seu inegável papel de referência doutrinária sobre o tema no Brasil; o segundo, pelo brilhantismo com que se aprofundou na temática da Proteção de Dados como categoria autônoma de direito da personalidade.

## 1. PRIVACIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até o século XVII, com o advento do modernismo e a ascensão do jusnaturalismo, os contornos do que viria a ser consagrado como direitos da personalidade, encontravam-se remotos, dispersos e pouco efetivos. O jusnaturalismo passa a considerar a centralidade do ser humano e a admitir direitos inerentes à pessoa humana desprovidos de uma patrimonialidade intrínseca.

Contudo, até o final do século XIX, o cientificismo e o positivismo jurídicos acabaram por servir de resistência ao desenvolvimento dos direitos da personalidade. Autores como Savigny encabeçaram uma corrente *negativista* que inadmitia pudesse a pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito de direito e objeto da mesma relação. Nesse período a questão da privacidade restava intimamente relacionada com o direito de propriedade, sendo fundamentada principalmente dentro dos contornos dos direitos patrimoniais.

Foi após a Segunda Guerra Mundial que a noção de direitos da personalidade inatos, extrapatrimoniais, personalíssimos, vitalícios e inalienáveis veio a se consolidar, especialmente pelo fato dos denominados Estados democráticos de Direito elegerem a dignidade da pessoa humana como fundamento central de seus sistemas jurídicos. Na lição de Bioni, “no âmbito do direito privado, é o que se convencionou chamar de *despatrimonialização* do direito civil. Altera-se qualitativamente o foco da tutela jurídica, reposicionando o ser humano como o centro gravitacional”<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento. 1ª. Ed. Forense: 2019, p. 56.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a nova ordem jurídica, dando início também ao denominado movimento de constitucionalização do direito civil, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais, como justamente o caso da privacidade, afirmada no artigo 5º, X<sup>55</sup>, estabelecendo ainda o caráter funcional do exercício desses direitos na esfera privada. O texto constitucional, contudo, não contemplou expressamente o direito aos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais, sobre o que trataremos mais adiante.

Pode-se afirmar que, desde a Constituição de 1988, o sistema de direito privado encontra-se num processo de reconstrução, no qual os valores fundantes da democracia brasileira foram incorporados pelo Direito Civil, servindo de orientação ao interpretar e aplicar o direito, a fim de que, ao perquirir os interesses privados, estes em sua operacionalização não prejudiquem a coletividade e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Ainda no contexto de consolidação dos direitos da personalidade, o Código Civil de 2002 foi manifestamente pautado pelo paradigma da eticidade e socialidade, pelo que a interpretação dos direitos se vincula à observação de valores sociais, éticos e morais, consagrados pela Constituição e centrados na proteção da pessoa humana. O Código Civil inovou em relação ao diploma que lhe antecedeu, ao dedicar um capítulo especificamente aos direitos da personalidade, nos artigos 11 a 21, dentre os quais está expressamente referido o direito à privacidade no último artigo<sup>56</sup>.

A tutela da privacidade nos contornos dados pelo Código Civil, entretanto, também não foi capaz de traduzir adequadamente os anseios e as necessidades da sociedade contemporânea. Sua redação extremamente pautada na autodeterminação e no interesse particular acabou por exigir uma interpretação constitucional que superasse a literalidade da norma. Assim, o Supremo Tribunal Federal veio a se manifestar sobre os limites da tutela da vida privada, para reconhecer o interesse público que permeia a questão, de modo a admitir a possibilidade de publicação de biografias não autorizadas pela pessoa biografada, desde que justificada no interesse público e evitados o excesso e o desvio de finalidade<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>56</sup> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>57</sup> O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta (ADIN 4815) para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária

A privacidade foi, assim, consolidando sua autonomia em relação aos seus reflexos patrimoniais. Como direito da personalidade, foi sendo consolidada a premissa de um direito de ficar só e permanecer só, um direito de compartilhar a vida privada somente com aqueles escolhidos pelo próprio titular, ponderado, porém, por outros direitos fundamentais igualmente dignos de tutela.

Na lição de Doneda “ a tutela da privacidade é melhor enquadrada dentro do que foi descrito por Pietro Perlingieri como uma situação subjetiva complexa, i. e., uma situação que não se expressa através do exercício arbitrário do poder pelo seu titular, porém em um complexo de interesses, tanto do titular quanto da coletividade, que pode dar origem a poderes bem como a deveres, obrigações, ônus aos envolvidos”<sup>58</sup>.

## 2. PRIVACIDADE E DADOS PESSOAIS

A literatura<sup>59</sup> recente tem reconhecido que vivemos em uma era da informação, uma sociedade de vigilância e de um capitalismo baseado no tratamento qualitativo e quantitativo de dados de toda natureza, particularmente de dados pessoais, de modo que já se afirmou que os dados seriam o novo petróleo<sup>60</sup>.

Com o tratamento de uma quantidade cada vez maior de dados e com o auxílio de algoritmos, esses dados foram se transformando em perfis e a sociedade da informação se tornando, também, uma sociedade da classificação, como afirma PARISER<sup>61</sup>, ao tratar dos processos automatizados de formação dos perfis comportamentais e a influência desses perfis na resposta fornecida pelos filtros de pesquisa da internet.

Como observa Doneda, “a República Federal da Alemanha possuía, desde 1977, uma lei federal de proteção de dados pessoais, a *Bundesdatenschutzgesetz*. É, aliás, alemã a primeira lei sobre a matéria (a lei do *Land* de Hesse, de 1970). Já existia uma cultura de proteção de dados e diversos *Länder* possuíam suas próprias leis e estruturas administrativas de proteção aos dados pessoais.”<sup>62</sup>

A preocupação da sociedade alemã com o tratamento dos dados pessoais tem origem na utilização conferida pelo nazismo aos dados dos cidadãos, colhidos no censo de 1933, com o auxílio da máquina de processamento fabricada pela *Deutsche Hollerith*, subsidiária alemã

---

autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Plenário, 10.06.2015 - Acórdão, DJ 01.02.2016.

<sup>58</sup> DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2ª. ed. Revista dos Tribunais: 2020, p. 130.

<sup>59</sup> RODOTÁ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje. Ed. Renovar, 1ª. Ed, 2008; BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Ed. Zahar, 1ª. ed., 2014; HUMBY, Clive, PHILLIPS, Tim, e HUNT, Terry. Scoring Points: How Tesco Continues To Win Customer Loyalty. Ed. Kogan Page, 2015; DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. Ed. RT, 2019.

<sup>60</sup> Frase cunhada por Clive Humby, matemático britânico: *data is the new oil*.

<sup>61</sup> PARISER, Eli. O Filtro Invisível: o que a Internet está Escondendo de Você. Ed. Zahar, 2012.

<sup>62</sup> DONEDA, ob. Cit., p. 165

da norte-americana IBM<sup>63</sup>, e que permitiu a localização e prisão de inúmeros judeus a partir das informações prestadas aos censores. Assim, quando em 1982, uma nova lei que organizava o censo alemão trouxe a previsão de que cada cidadão deveria responder a mais de uma centena de perguntas que seriam submetidas a tratamento informatizado, com a possibilidade que os dados obtidos fossem confrontados com os dados do registro civil para fins de retificação; a possibilidade de que os dados fossem compartilhados com outros órgãos administrativos e; a previsão de multa para quem se recusasse a responder ao questionário, houve grande repercussão negativa, e a referida lei foi levada à Corte Alemã questionando a sua constitucionalidade.

Doneda esclarece que o Tribunal “reconheceu a necessidade de se observar o princípio da finalidade na coleta dos dados pessoais”<sup>64</sup>. O autor informa, ainda, que o Tribunal alemão exprimiu uma ideia que teria grande influência na doutrina dos dados pessoais pelo mundo, desmistificando a noção de que o tratamento e certos tipos de dados pessoais seria irrelevante para a privacidade, ao afirmar “não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprios da tecnologia da informação. Nessa situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado sem importância”<sup>65</sup>.

Interessante observar que já nos anos 1980, o Tribunal alemão reconhecia o potencial do processamento automático de dados tornar toda informação relevante, uma confrontada com outras. Em tempos de *big data* essa afirmação da Corte alemã é, por certo, incontestável.

Outro ponto de destaque da decisão alemã, foi o emprego da expressão “autodeterminação informativa” para designar o direito dos indivíduos de decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados.<sup>66</sup> Esse aspecto, em particular, remete a questão ao campo da autonomia privada, como bem observa Doneda, o que enfrentaremos no capítulo seguinte.

Dado pessoal, segundo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (art. 5º, I, da Lei n. 13.709/2018), é toda informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável. De acordo com a lei, portanto, se um dado é capaz de possibilitar a identificação direta e imediata de uma pessoa natural, ele será considerado um dado pessoal. No caso brasileiro o melhor exemplo de dado pessoal capaz de proporcionar a imediata e precisa

---

<sup>63</sup> <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,livro-conta-envolvimento-da-ibm-com-nazismo,20010212p55300>, acessado em 28.01.2020.

<sup>64</sup> DONEDA, ob. Cit., p.167

<sup>65</sup> Idem, p. 167

<sup>66</sup> Ibidem, p. 168

identificação do seu titular é o número do CPF (cadastro de pessoas físicas do Ministério da Economia).

Outros dados, contudo, podem ser também considerados dados pessoais. Também segundo a lei brasileira, se um dado pode, em interação com outro(s) conduzir à identificação mediata de seu titular, pessoa natural, a partir de um critério de esforço ordinário e razoável, o dado igualmente será considerado pessoal e sujeito à proteção. Mas o que seria considerado esforço ordinário e razoável?

A resposta a essa pergunta depende necessariamente do contexto, isto é, da relevância do dado, do proveito que se pode extrair dele, do estágio tecnológico no momento em que esse dado foi processado, do esforço que se pode previsivelmente esperar, em relação à relevância do resultado que pode ser obtido. Não é, portanto, algo simples de ser respondido.

Ademais, mesmo em situações em que o dado não conduz à imediata e nem à mediata identificação do titular, será necessário observar se esse dado está sendo utilizado para a formação de um perfil comportamental atribuído a uma pessoa natural, mesmo que não identificável, e que, dadas as circunstâncias, esteja interferindo no desenvolvimento da personalidade e nas relações sociais dessa pessoa, pois neste caso também estaremos diante de um dado pessoal merecedor de proteção.

Tratando do tema, Bioni leciona que “o modo pelo qual a internet funciona não torna necessário saber a identidade do usuário para lhe direcionar um conteúdo, ou mesmo, sujeitá-la a um processo de decisão automatizada. Basta lhe atribuir um identificador eletrônico único que permita separá-lo dos milhões de usuários da rede”<sup>67</sup>.

Em outras palavras, cada vez que acessamos um site ou aplicativo de navegação na internet, as nossas interações com o que está sendo exibido vão sendo armazenadas e classificadas automaticamente gerando, através dos critérios adotados pelo algoritmo, um perfil comportamental para cada usuário. Posteriormente, quando acessamos novamente sites ou aplicativos, esse perfil é ativado e isso vai servir para filtrar as informações que nos serão exibidas, bem como a ordem de relevância com que aparecerão.

Não se duvida que esse processo automatizado possa auxiliar a nossa experiência de navegação, direcionando respostas provavelmente mais próximas do que estamos buscando na rede. O problema é quanto esse processo limita a nossa descoberta de novas informações, de interações aleatórias necessárias ao processo criativo e, em última análise, no desenvolvimento de nossa personalidade. Por esse motivo, leis e regulamentos sobre privacidade e dados pessoais têm incluído o perfil comportamental como espécie de dado pessoal protegido.

---

<sup>67</sup> BIONI, ob. Cit. p.77



Diante desse cenário mundial, fez-se inegavelmente necessário o estabelecimento de mecanismos públicos (leis, regulamentos, tratados, precedentes etc.) destinados a proteger a privacidade contida nos dados pessoais e mitigar os efeitos danosos do tratamento desses dados.

Assim como outrora se deflagrou o debate sobre a poluição ocasionada pelo uso dos combustíveis fósseis e os seus resíduos no ambiente, hodiernamente temos discussão semelhante sobre a poluição dos dados (*data pollution*<sup>68</sup>) e os danos decorrentes do seu processamento.

### 3. DADOS PESSOAIS COMO DIREITO AUTONOMO

A privacidade em sua forma mais sensível, a intimidade, vai servir de pano de fundo ao desenvolvimento dos primeiros instrumentos de controle sobre o tratamento abusivo de dados pessoais. Fenômeno que pôde ser observado no âmbito das relações de consumo através da vedação de práticas abusivas como o envio de ofertas não solicitadas (artigo 39. III), o compartilhamento de informações sobre o consumidor no que se refere ao seu histórico de exercício de seus direitos (artigo 39, VII) e ao conteúdo dos cadastros de inadimplentes (artigo 43).

A privacidade nas relações de consumo voltou a ser objeto de intenso debate com a edição da Lei n. 12.414/2011, que regulamentou a figura do Cadastro Positivo no Brasil, e com a Lei Complementar n. 164/2019, que introduziu importantes alterações na regulação desse cadastro, sendo a alteração mais polêmica a que dispensou a necessidade de prévia autorização do consumidor para a abertura de cadastro positivo sobre ele.

No ápice de toda essa evolução legislativa, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, na esteira do regulamento europeu, a Lei n. 13.709/2018 que deverá ter sua plena eficácia a partir de agosto de 2020. O arcabouço legislativo, entretanto, continua sendo objeto de construção, como é o caso da PEC 17/2019, que propõe o expresse reconhecimento da proteção e tratamento dos dados pessoais como um direito fundamental, independente da privacidade e do sigilo da comunicação.

Como leciona Bioni, “Os direitos da personalidade são uma *noção inacabada* que deve ser *cultivada*, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante desta categoria jurídica para nela enquadrar a proteção de dados pessoais”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> BEM-SHAHAR, Omri, Data Pollution, Journal of Legal Analysis, Volume 11, 2019, Pages 104–159, <https://doi.org/10.1093/jla/laz005>. Published: 30 September 2019.

<sup>69</sup> BIONI, ob. Cit., p. 59

O autor prossegue afirmando “Trata-se de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais dossiês digitais devem externar informações corretas para que seja fidedignamente projetada a identidade do titular daquelas informações.

Isso acaba por justificar dogmaticamente a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija a ratificação de seus dados pessoais para que sua projeção seja precisa”.

E mais adiante conclui, “O eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. A proteção dos dados pessoais não se satisfaz com tal técnica normativa, uma vez que a informação pode estar sob a esfera pública, discutindo-se, apenas, a sua exatidão, por exemplo”<sup>70</sup>.

Igualmente Doneda, defende a autonomia da proteção dos dados pessoais relativamente ao direito da privacidade, reconhecendo inclusive a natureza de ordem pública da legislação pertinente e as limitações ao consentimento e a autodeterminação, pela natureza de direito da personalidade inalienável, irrenunciável e de permanente interesse para toda a coletividade<sup>71</sup>.

Mesmo não sendo ilimitado, o consentimento é uma das formas lícitas de tratamento de dados pessoais (artigo 7º., I, da Lei 13.709/2018). Contudo, para que o consentimento seja válido e eficaz é imprescindível que sejam observados certos requisitos legais que, até então, eram absolutamente ignorados pelo mercado. O consentimento deve ser informado, isto é, o titular deve dispor previamente de informações claras sobre o tratamento que será realizado com os seus dados pessoais; o consentimento deve ser temporário, ou seja, o tratamento de dados deve conter um prazo razoável ao final do qual os dados deverão ser eliminados; o consentimento deve ser revogável, assegurando-se ao titular o direito de cancelar a autorização e exigir a eliminação de seus dados pessoais; o consentimento deve ser específico, de modo que a finalidade do tratamento deve ser descrita claramente, vedada a alteração de finalidade sem novo consentimento do titular.

Para Bioni, “O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão *controle* sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”<sup>72</sup>

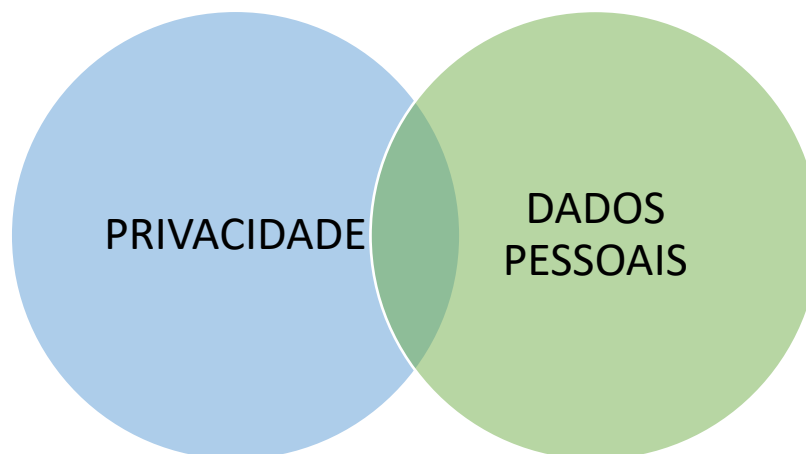
Assim, podemos representar o objeto de tutela dos dados pessoais e sua intercessão com a privacidade, da forma seguinte:

---

<sup>70</sup> Idem, pp.65 e 66

<sup>71</sup> DONEDA, ob. Cit. p. 290 e ss

<sup>72</sup> BIONI, ob. Cit., p.110



Da figura acima se pode extrair que, muito embora exista um conteúdo comum entre a privacidade e os dados pessoais, a tutela deste não prescinde necessariamente da violação daquela (privacidade).

A insuficiência da proteção dos dados pessoais apenas pela perspectiva da privacidade e do livre consentimento nos parece flagrante quando uma simples promoção de casquinha de sorvete “grátis” pode significar a “voluntária” cessão de relevantes dados pessoais de um indivíduo, sem que ele tenha noção do tratamento que esses dados receberão pelo fornecedor de sorvetes. Afinal, para que uma revenda de sorvetes precisaria de tantos dados pessoais do consumidor, incluindo seu RG, CPF, endereço etc., se não compramos o sorvete a prazo, não havendo legítimo interesse baseado em proteção ao crédito? Igualmente não haveria necessidade de tais dados se o objetivo fosse somente nos manter informados sobre novos sabores ou promoções, pois para isso bastaria um endereço de e-mail.

E quem não teve seus dados pessoais solicitados para realizar a simples compra de um desodorante ou de uma aspirina em uma farmácia? Novamente nos vem os mesmos questionamentos quanto à real finalidade das informações coletadas. Perguntas como estas não encontram resposta na atividade habitual desses fornecedores, mas no obscuro comércio de dados sobre o comportamento dos consumidores para empresas que, por sua vez, tratam analiticamente esses dados, transformando-os em valiosos produtos para o mercado fornecedor direcionar as mais diversas ofertas aos indivíduos rastreados, tudo isso sem a clareza mínima dos titulares dessas informações.

O direito aos dados pessoais não pode se resumir mais a uma questão de privacidade, como concebido originalmente, tendo transcendido de conteúdo do direito à privacidade para a categoria autônoma de direito fundamental: o direito aos dados pessoais como mais uma espécie de direito da personalidade. Sua violação é, portanto, uma potencial causa de dano moral por si só, *in re ipsa*, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.758.799.

Mas qual a razão de se considerar o mero tratamento irregular de um dado pessoal uma causa de dano se, no caso concreto, não houver efetiva ofensa à privacidade ou ganho comercial indevido? A questão aqui é bem mais complexa e uma forma de explica-la é

retomarmos o exemplo da formação automatizada de perfis comportamentais, por grandes processadores de dados, coletados nas mais diversas fontes, ainda que não destinadas especialmente a esse fim, gerando efeitos sobre o modo como recebemos notícias, ofertas, resultados de buscas, informações científicas e toda gama de interações que mantemos com o mundo, na chamada sociedade da classificação. Isto significa que a manipulação de um dado pessoal de forma irregular expõe a pessoa a impactos diversos na construção de sua própria personalidade, consciente ou inconscientemente.

Nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, todas as pessoas que tratem dados pessoais, excetuadas as relações desinteressadas entre pessoas naturais, estão obrigadas a atender as exigências legais e a responder civil e administrativamente pelos atos próprios e de seus prepostos que importem em violação aos dados pessoais de alguém.

## CONCLUSÃO

As últimas décadas representaram um período de intensa transformação social, de uma sociedade industrial para uma sociedade da informação, de uma modernidade sólida para uma modernidade líquida, como defendido por Bauman<sup>73</sup>. Nessa nova estrutura social vive-se para consumo e a pessoa humana muitas vezes é, ela mesma, o produto consumido, isto é, uma vez que os dados pessoais são elementos da própria personalidade, e na medida em que tais dados são coletados, classificados, transmitidos, negociados e altamente valorados patrimonialmente pelas empresas e instituições, já é a própria pessoa o objeto que está sendo avidamente consumido, ainda que nem sempre se dê conta.

Uma indústria baseada em dados e atuante no espaço virtual da rede de computadores não encontra limites territoriais. Surgem os novos paraísos de dados, em alusão aos conhecidos paraísos fiscais. É como se as fronteiras dos Estados houvessem se diluído pela globalização e pela internet.

A tutela dos dados pessoais como novo direito da personalidade não é, portanto, uma fácil missão, nem pode ser adequadamente promovida por um único país, sendo indispensável a compreensão e colaboração globais para que se possa, ao menos, mitigar as consequências sombrias do atual estágio da modernidade.

O tratamento de dados pessoais como fenômeno típico do nosso tempo, deve ser tratado como questão de ordem pública e interesse social, através cada vez mais, de instrumentos normativos dotados de caráter cogente e alcance nacional e internacional. Uma resposta das instituições modernas a uma consequência avassaladora dessa mesma modernidade.

---

<sup>73</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Ed. Zahar, 1ª. ed., 2014

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento. 1ª. Ed. Forense: 2019

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2ª. ed. Revista dos Tribunais: 2020

HUMBY, Clive, PHILLIPS, Tim, e HUNT, Terry. Scoring Points: How Tesco Continues To Win Customer Loyalty. Ed. Kogan Page, 2015

PARISER, Eli. O Filtro Invisível: O que a Internet está escondendo de você. Ed. Zahar, 2012.

RODOTÁ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje. Ed. Renovar, 1ª. Ed, 2008

## REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,livro-conta-envolvimento-da-ibm-com-nazismo,20010212p55300>, acessado em 28.01.2020.

# A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A VULNERABILIDADE DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Plínio Lacerda Martins<sup>74</sup>

Paulo Fernando Franco<sup>75</sup>

Paula Cristiane Pinto Ramada<sup>76</sup>

Sumário: Introdução. 2. Progresso Tecnológico. 3. Vulnerabilidade dos dados pessoais. 4. A sociedade de risco e o direito do consumidor. 5. Definindo os limites entre o direito à privacidade e o espaço público na sociedade de conhecimento. 6. O consentimento como requisito essencial para a utilização dos dados pessoais. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A era da Internet e a sociedade do conhecimento demarcaram o surgimento de um sem número de desafios sobre o direito ao segredo, à intimidade, à privacidade<sup>77</sup>. O progresso na sociedade de informação trouxe grandes avanços tecnológicos<sup>78</sup>, mas também grandes preocupações por ocasionar sérios riscos à dignidade da pessoa humana. Hansjürgen Garstka, com acertada razão, assevera que a “proteção de dados” visa à proteção da pessoa por trás do tratamento dos dados<sup>79</sup>.

Em tempos de pandemia, de coronavírus, de COVID-19 e de *lockdown*, o mundo enlouqueceu, mais do que já tinha enlouquecido, mas não podemos nos esquecer do arcabouço de direitos e garantias fundamentais que orientam as relações de consumo.

---

<sup>74</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito. Professor do quadro permanente do PPGDIN. Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense.

<sup>75</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) pelo Programa Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-Graduado em Direito Público pela UCAM – Centro. Pesquisador do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO). Professor de Análise Econômica do Direito nos Curso de Graduação e de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado.

<sup>76</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) pelo programa de Direito Instituições e Negócios - PPGDIN. Professora da Faculdade Universo - JF. Advogada.

<sup>77</sup> “Foram as inovações na forma de comunicar que vieram a emprestar premência ao desejo de privacidade, na medida em que a informação sobre a vida das pessoas tinha encontrado um veículo privilegiado para sua rápida e extensiva difusão: a comunicação social. GOMES. Mário Manuel Vargas. *O Código da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais, na Lei e na Jurisprudência*. Coleção: Direito das Novas Tecnologias. Centro Atlantico: Portugal, 2006, p. 6.

<sup>78</sup> Como por exemplo, a informática que reúne técnicas que permitem digitalizar a informação, armazená-la, trata-la automaticamente, transportá-la e colocá-la à disposição de um usuário final, humana ou mecânico. LEVY, Pierre. *Cibercultura*. p. 34.

<sup>79</sup> “Anliegen des Datenschutzes ist nicht der Schutz der Daten, sondern der Schutz der menschen vor der Verarbeitung von Daten.” cf. GARSTKA, Hansjürgen. *Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz*. In: SCHULZKI-HADDOUTI, Christiane. *Bürgerrechte im Netz*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003. p. 49).

Precisamos figurar como uma centelha de esperança e de estímulo em meio a tanta incerteza. É em situações como essas que a proteção de dados pessoais faz ainda mais sentido para nortear o *trade off* entre privacidade, intimidade, segredo e segurança. Podemos nos valer dos dados pessoais de titularidade de outrem, sem o seu consentimento, para desenvolver pesquisas científicas em busca de um novo remédio ou vacina? Ou, por outro lado, só poderíamos fazer isso com dados anonimizados ou pseudoanonimizados? Há juridicidade, por exemplo, em um acordo celebrado entre uma companhia telefônica e um Município para obtenção de dados pessoais sem o consentimento de seus titulares<sup>80</sup>? No caso da proteção de dados pessoais e das relações de consumo, diante de uma comoção global, os fins justificariam os meios?

O uso de informações pessoais sem a autorização do titular destes dados pessoais, demonstra que o cidadão é notadamente vulnerável frente às novas tecnologias. Dessa forma, a pessoa humana se encontra em permanente vigilância, com informações pessoais comumente circulando de forma desautorizada e livre.

No mercado de consumo, não raro fornecedores utilizam de forma abusiva os dados pessoais dos consumidores, tratando-os tão-só como propriedade de indiscutível valor econômico, logo, como objeto de mercantilização. Vivemos em uma sociedade de risco e, no caso da tutela dos dados pessoais, especialmente os de índole sensível, precisamos pensar como contingenciar esses riscos, nos valendo das contribuições do Direito e da Economia.

## 2. Progresso tecnológico

A cada dia que passa a tecnologia vem avançado com o surgimento de processadores de informações mais potentes e mais rápidos, além das transmissões dos dados que podem ser feitas por todas as vias imagináveis. Cite-se, nesse sentido, a Lei de Gordon Moore, que constatou que a cada 18 meses inovam as técnicas de informações. Isso significa que em 2025 um computador será provavelmente 64 vezes mais rápido do que era em 2014. Outra lei, fincada no campo de transmissão de informação, afirma que a quantidade de dados transmitidos por cabos de fibra ótica, atualmente a forma mais veloz de conectividade de dados, dobra a cada nove meses aproximadamente.

Pierre Levy, argumentando sobre o dilúvio das informações por conta da natureza exponencial, explosiva e caótica do crescimento das telecomunicações, aduz que “a quantidade bruta de dados disponíveis se multiplica e se acelera. A densidade dos links entre

---

<sup>80</sup> “TIM fecha parceria com Prefeitura do Rio para rastrear movimento e combater vírus. O sistema permite rastrear as concentrações e movimentos de pessoas nos territórios afetados pela pandemia”. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/economia/tim-fecha-parceria-com-prefeitura-do-rio-para-rastrear-movimento-e-combater-virus/>>. Acesso em: 24/03/20.

informações aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes”<sup>81</sup>. Pontua Levy que “os contratos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, águas tumultuosas e os turbilhões de comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecido das mídias”<sup>82</sup>.

Esse avanço impressionante da tecnologia vem gerando grandes abusividades no mercado de consumo. Hoje existem sistemas (softwares) que possibilitam o armazenamento de registros de clientes de forma a classificá-los através de pontuações, ou seja, clientes de primeira classe atendimento imediato, clientes de segunda classe atendimento mediano, clientes de última classe são colocados no final da fila, como se fossem pessoas sem muita valoração econômica para empresa<sup>83</sup>.

Situação análoga é o raciocínio que orienta o cadastro positivo no Brasil, banco de dados que se dispõe a armazenar informações positivas de crédito dos consumidores, a fim de traçar um perfil de consumo. Munido dessas informações, o banco de dados do cadastro positivo consegue distinguir os consumidores entre si, discernindo os “bons” pagadores dos “maus” pagadores. Em Economia, o efeito do cadastro positivo é o de reduzir o risco de seleção adversa do mercado de consumo e de crédito, de modo que os “bons” pagadores sejam atraídos a consumir e, os “maus” pagadores, repelidos<sup>84</sup>.

No entanto, em uma visão mais consumerista do assunto, apesar de tais sistemas darem mais eficiência para o mercado e para os fornecedores, vêm ocasionando um efeito dominó, por gerar uma maior discriminação e exposição do cidadão frente às novas tecnologias devido à falta de um controle mais eficaz do Estado perante as sociedades empresárias. O contraponto da Economia e, mais especificamente, da Análise Econômica do Direito seria o de que a mitigação do risco de seleção adversa não fragiliza o consumidor, mas sim o protege. Basta pensarmos que um “mau” pagador, provavelmente endividado, será protegido pelo cadastro positivo porque haverá mecanismos para evitar seu superendividamento, o que, também por *nudge*, pode estimular um comportamento mais consciente do consumidor.

De todo modo, o impacto desse potencial de plataformas tecnológicas – e seu poder inerente – privará os cidadãos de conseguir controlar suas informações pessoais na esfera virtual, o que gerará consequências drásticas, quiçá irreversíveis. O desafio maior é tentar recuperar um controle de privacidade através da autodeterminação informativa, ou seja, o

---

<sup>81</sup> LEVY, Pierre. *Cibercultura*. p. 13.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Zygmunt Bauman, p. 10.

<sup>84</sup> V., sobre o cadastro positivo, FRANCO, Paulo Fernando de Mello; PORTO, Antônio José Maristrello. Por uma análise também econômica da responsabilidade civil do cadastro positivo: abordagem crítica do art. 16 da Lei 12.414/2011. In Revista de Direito do Consumidor, v. 27, p. 247/271, 2018.



titular dos dados deve ter o direito de ser informado pelo uso dos dados, com a finalidade de consentimento. Não se quer com isto impedir que os dados pessoais circulem no mercado de ideias, apenas se está a defender a necessidade de que tal ocorra de forma volitiva e explícita, não de modo abusivo e subliminar.

### 3. Vulnerabilidade dos dados Pessoais

Com o progresso tecnológico traz a vulnerabilidade da privacidade. A vulnerabilidade é um princípio básico tutelado pelo Código de Defesa do consumidor (art. 4, I CDC).<sup>85</sup>

O aspecto da vigilância presente no cotidiano do cidadão reflete uma grande importância em algumas esferas da vida, visto que a vigilância na sociedade vem crescendo demasiadamente, de forma silenciosa, por muitas décadas e é um atributo do mundo contemporâneo.

David Lyon leciona que “hoje, as sociedades modernas parecem tão fluídas que faz sentido imaginar que elas estejam numa fase líquida”. Inspirado na idéia de modernidade líquida, Lyon infere que, “sempre em movimento, mas muitas vezes carecendo de certezas e de vínculos duráveis, os atuais cidadãos, trabalhadores, consumidores e viajantes também descobrem que seus movimentos são monitorados, acompanhados e observados”. Lyon conclui que “a vigilância se insinua em estado líquido”<sup>86</sup>.

A vigilância é um ponto importante da modernidade e as pessoas, na maioria das vezes, não têm consciência de como ela pode afetar a sua privacidade, intimidade e segredo. A título de exemplo, cita-se o Google que constantemente vigia os seus usuários. Em um vídeo disponível no *You Tube*, um carro de venda de sorvetes intitulado Google chama as crianças para experimentar os sorvetes e, quando vai atendê-las, o motorista ironiza alegando que “deveriam saber que não há sorvete grátis”. Enquanto as crianças recebem o sorvete grátis, são scaneadas.

Outro exemplo são os aplicativos de celulares, que constantemente solicitam a localização do usuário. Fornecedores vigiam tanto os seus clientes que conseguem saber ou ao menos deduzir ou inferir tendências, através de suas compras, se as consumidoras estão grávidas ou não, se os consumidores são solteiros, casados, separados ou divorciados, a partir da análise de seus hábitos de consumo.

Os próprios cidadãos contribuem para a vigilância constante e, recebendo nada ou quase nada em troca, abrem mão de seus dados pessoais e voluntariamente dizem em seus perfis nas redes sociais, como *facebook*, informações valiosíssimas sobre sua vida privada, através de fotos, mensagens, além de sua localização e locais mais visitados.

---

<sup>85</sup> Art. 4, I – O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

<sup>86</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Zahar.

Nesse sentido, os exemplos são inúmeros, mas um site específico merece menção. Em um passado não tão distante, o Ministério Público Federal iniciou uma investigação a respeito do site “Tudo Sobre Todos”<sup>87</sup>, no qual, ao digitar-se o nome de uma pessoa, a página divulgava informações como CPF, endereço, nome dos vizinhos e parentes, prometendo ainda expor informações adicionais a quem pagasse pelo “serviço”<sup>88</sup>. Site semelhante como “Lili”, que foi retirado do ar pela divulgação dos dados pessoais indevidamente. Houve e ainda haverá outras iniciativas de igual propósito e é papel do direito controlar esses ataques flagrantes à intimidade, à privacidade e ao segredo dos dados pessoais alheios.

Contratos de consumo, que em regra geral são de adesão, embora não necessariamente, não raro possuem cláusulas contratuais abusivas, que obrigam o consumidor a permitir o uso dos dados pessoais coletados, ou seja, sem direito de escolha, configurando a abusividade. Afinal, a despeito de o contrato de adesão resguardar a livre iniciativa e a liberdade de contratar na perspectiva de poder escolher se quer ou não contratar algo com alguém, o correto, no âmbito dos dados pessoais, é apartar a discussão meramente contratual e exigir um consentimento efetivo e expresso dos consumidores, não um documento ficto sobre o qual provavelmente estes sequer fazem ideia.

Cláudia Lima Marques preceitua que “a elaboração, a organização, a consulta e manutenção de banco de dados sobre consumidores e o consumo não é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao contrário, é regulada pela norma, logo, permitida”. Todavia, continua a Professora, a Lei estabelece “parâmetro de lealdade, transparência e cooperação e controla esta prática de forma a prevenir e diminuir os danos causados por esses bancos de dados e/ou pelos fornecedores que utilizam no mercado”<sup>89</sup>.

Seguindo a mesma corrente, Danilo Doneda observa que “o tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco”. Acerca do risco, aponta Doneda, este “se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste”. É absolutamente “necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, são expressão direta de sua própria personalidade”. Não

---

<sup>87</sup> Ministério Público Federal abre inquérito para investigar site "Tudo Sobre Todos". Publicado em 28/07/2015. Disponível em <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia/2015/07/ministerio-publico-federal-abre-inquerito-para-investigar-site-tudo-sobre-todos-4811537.html>. Acesso em 29/07/2015.

<sup>88</sup> Em uma reportagem, no site brasilpost, o Presidente do BRASILCON Bruno Miragem alega que “as informações disponíveis podem ser perigosa, uma vez que pode provocar o uso indevido para fraude ou, dependendo da natureza dos dados, colocar a segurança pessoal em risco.” Site 'Tudo Sobre Todos' divulga seu CPF, endereço e até quem são seus parentes e vizinhos. Estadão Conteúdo. Publicado em 28/07/2015. Disponível em [http://www.brasilpost.com.br/2015/07/28/site-tudo-sobre-todos\\_n\\_7886240.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/07/28/site-tudo-sobre-todos_n_7886240.html). Acesso em 29/07/2015.

<sup>89</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 611.

por outra razão, “proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental”<sup>90</sup>.

O enfrentamento desse problema parte da necessidade de controle da facilitação de dados pessoais que estejam em qualquer tipo de arquivo, mas que na prática são expostos ou hospedados em sites de quase livre acesso a qualquer um que tenha um mínimo de conhecimento de informática ou algum nível de influência sobre agentes que o custodiam.

O fenômeno da Internet facilitou os bônus e os ônus da sociedade de conhecimento visto que permite, tanto para o bem quanto para o mal, um fluxo sem controle de informações e dados relativos a uma pessoa independente de sua vontade, não oferecendo barreiras para o seu acesso.

#### 4. A Sociedade de Risco e o Direito do Consumidor

O conceito de consumidor é pautado no princípio da vulnerabilidade, reconhecido, como visto anteriormente, no art. 4, I, da lei consumerista, significando que o consumidor, por ser a parte mais fraca na relação de consumo, merece ser tutelado pelo Estado, principalmente na sociedade de risco.

Nas lições de Judith Martins, nem sempre temos clareza ao perceber os direitos e liberdade como oposição ao Estado. Daí que o Estado tenha sido encarado não como um opositor ou potencial ameaça as liberdades, mas como uma agência promotora de lucros privados, compartilhada por um pequeno grupo de brasileiros, que estabelecem entre si uma complexa rede de relações, organizada para manutenção de sua posição dominante<sup>91</sup>. O Estado tem papel fundamental na concretização dos nossos direitos fundamentais, motivo pelo qual, para alguns, deveria ter também em seu favor direitos fundamentais que, de índole instrumental<sup>92</sup>, visassem a garantir, por exemplo, os direitos e garantias do consumidor.

Nesse sentido, Edson Alvisi citando Locke afirma que a legitimidade da riqueza se assenta na liberdade, trabalho e propriedade, na ordem econômica, social e jurídica da mudança para o paradigma lógico-racional. Nessa linha, Adam Smith afirma que para

---

<sup>90</sup> DONEDA, Danilo. *A Proteção dos Dados Pessoais Como um Direito Fundamental*. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1XGNBsou41sJ:editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658+banco+de+dados+danilo+doneda&hl=pt-R&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgcGTS--qaIbtqiBkQYupWjaU9H0jxGARcju7fqmaxLViNQmqqTzLZA0njzvCKPy-mjKQDCXWKG-81MnAPZ9eNIMGQuzcB3Iok\\_AC9yt2Q5AfC78epy\\_ugSYIPVotvZDE7A0nw7&sig=AHIEtbTVgdob1QTaf3Slii7zAmuH8LV4Q](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1XGNBsou41sJ:editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658+banco+de+dados+danilo+doneda&hl=pt-R&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgcGTS--qaIbtqiBkQYupWjaU9H0jxGARcju7fqmaxLViNQmqqTzLZA0njzvCKPy-mjKQDCXWKG-81MnAPZ9eNIMGQuzcB3Iok_AC9yt2Q5AfC78epy_ugSYIPVotvZDE7A0nw7&sig=AHIEtbTVgdob1QTaf3Slii7zAmuH8LV4Q)> Acesso em 26/06/2012.

<sup>91</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, Dignidade. Tese de livre-docência em direito civil apresentada à congregação da faculdade de direito de São Paulo. Maio, 2003 p.52.

<sup>92</sup> FRANCO, Paulo Fernando de Mello. . O Estado tem Direitos Fundamentais?(!). REVISTA DA ESCOLA DE MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL , v. 22, p. 213-241, 2015.

satisfazer a ação egoísta do indivíduo para satisfazer os seus interesses era conduzida a fim de maximizar ganhos no mercado e se enriquecer, favorecendo indiretamente a sociedade<sup>93</sup>.

A perspectiva dos riscos apresenta-se em modalidades diversas em três momentos históricos distintos. Na idade média, os riscos eram conhecidos e previsíveis, permitindo programação de medidas preventivas e sensação de segurança. Com a revolução industrial, surgiu a modernidade e o aumento em quantidade e imprevisibilidade dos riscos. O atual avanço associado à globalização, que alguns setores denominam pós-modernidade, tem consigo a total imprevisibilidade em matéria de riscos e a dificuldade de sua precificação.

Direcionado para um legalismo estrito, chegou-se ao esgotamento do modelo e a mudança de perspectiva, pela qual o direito privado, antes considerado espaço de liberdade, deve ser sacrificado em favor da sociedade.

Conforme acima citado, a par da constatação de novos riscos na sociedade de consumo, anteriormente ausentes, causados pela expansão cega e contínua da sociedade, e como elemento subjetivo dessa percepção surge à reflexão sobre os próprios fundamentos desse desenvolvimento. Hodiernamente, a sociedade vive em uma era de mudanças a um ritmo e prol de uma elevada qualidade dos produtos ofertados no mercado de consumo.

Os riscos da sociedade moderna são diferentes dos riscos típicos da sociedade industrial, pois estes eram localizados no espaço e no tempo, como, por exemplo, “as catástrofes medievais, como peste e a fome, que não provinham de decisões humanas, mas por forças naturais”<sup>94</sup>. Na sociedade moderna, porém, são os riscos “incalculáveis, incontroláveis e não delimitáveis”<sup>95</sup>. O caso da Talidomina, do medicamento MER 29, da vacina Salk, do talco Morhange, da crise da vaca louca e do acidente de Chernobil foram mencionados por Fabiana Gomes<sup>96</sup>, mas os exemplos já podem ser atualizados: nos dias de hoje, a pandemia de COVID-19 e o lockout imposto como solução à pulverização do vírus não nos deixam mentir e comprovam quão imprevisíveis são os riscos da sociedade contemporânea.

Destarte, a sociedade de consumo possui similitudes com a sociedade de risco, uma vez que, enquanto a sociedade de consumo se destina à satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos, a sociedade de risco representa uma estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e “conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Edson Alvisi Neves. Revisitando o conceito de consumidor frente à sociedade de risco no Brasil. In: *Sociedade de Risco e Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais*. LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Fraga Iglecias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 395.

<sup>94</sup> GOMES, Fabiana Maria Martins de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n.44. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 123.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 124.

Destaca-se, por fim, a teoria do risco do empreendimento como orientação para que a responsabilidade civil do fornecedor se dê de forma objetiva. O risco proveniente da atividade do fornecedor é suscetível de previsão antecipada, necessário para a proteção do consumidor vulnerável, o que também se aplica aos chamados riscos do desenvolvimento, isto é, aqueles que não podem ser cientificamente conhecidos no momento do lançamento do produto no mercado, contudo vindo a ser descoberto após a introdução no mercado e, causando danos ao consumidor, será responsabilizado o fornecedor, conforme previsto na legislação consumerista<sup>98</sup>. Inclusive, o Enunciado nº 43 do CJF proclama a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento nos seguintes termos: “A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. Um contraponto de Análise Econômica do Direito, todavia, parece oportuno: punir o fornecedores pelos risco do desenvolvimento pode provocar um incentivo negativo para que se invista em pesquisa e desenvolvimento, enfim, em inovação. Talvez não seja justo e eficiente responsabilizar civilmente fornecedores por lançarem produtos no mercado de consumo a respeito dos quais os riscos não poderiam sequer ser conhecidos na ocasião do lançamento. O que se está querendo é que, por uma questão de boa-fé objetiva, pouco ou nada importa que um fornecedor saiba ou não dos riscos do desenvolvimento, mas sim que este fornecedor pudesse saber destes riscos. A Análise Econômica do Direito exigiria desses fornecedores, portanto, precaução e esgotamento para verificar todos os possíveis riscos do desenvolvimento do produto a ser posto em circulação, o que poderia incentivar o progresso e a inovação e, ainda, estimular cautela e cuidado na pesquisa.

Fato é que, com ou sem o contraponto da Economia ao Direito, a sociedade de consumo tem estreito relacionamento com a sociedade de risco, pois na área de consumo surgem novos riscos para o consumidor, visto que o consumo em massa registra a presença de riscos incalculáveis e incontroláveis. Enfim, sigamos para a questão da tutela da proteção dos dados pessoais dos consumidores.

## **5. Definindo os limites entre o direito à privacidade, à intimidade e ao segredo e o espaço público na Sociedade de Conhecimento**

---

<sup>98</sup> Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

A privacidade do indivíduo em decorrência da dimensão da coleta de informações e dados pessoais, por parte de órgãos públicos e privados, provoca apelos pela definição dos limites entre o direito à privacidade em face da tecnologia de informação globalizada, buscando a adequação à nova realidade.

Stefano Rodatà ressalta que “parece cada vez mais frágil a definição de ‘privacidade’”, assim, que indivíduos e grupos controlam o exercício de poderes baseados na disponibilização de informações.<sup>99</sup> Destaca ainda, que as novas formas de coleta e tratamento de informações, possibilitadas, sobretudo pelos recursos a computadores, no qual adicione-se dados a instituições públicas e privadas é uma realidade comum a todas as organizações sociais modernas.<sup>100</sup>

A título de ilustração verifica-se, por exemplo, que para a aquisição, de um celular “iphone” da marca “Apple”, este fornecedor exige que, para a utilização do aparelho, é necessário o fornecimento, via Internet, de dados pessoais do usuário por meio do dispositivo denominado “Itunes”, como forma de operacionalizar o celular, possuindo este fornecedor não somente o conhecimento dos dados pessoais, bem como a localização da pessoa via satélite.

Faz-se necessário delinear uma fronteira de proteção de dados frente às inovações tecnológicas, para a tutela das liberdades individuais e as atividades empresariais. Pois, hoje, a vida passa a se desenvolver em uma sociedade sob constância de vigilância, com os dados pessoais circulando livre e sem o consentimento.

No contexto global, não é mais possível considerar problemas da privacidade somente por meio da distinção entre os dados que devem ser coletados e os dados que devem ser divulgados, entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa fortaleza” que glorifica a privacidade e a “casa vitrine” que privilegia as trocas sociais.

Atualmente, o cidadão vive no complexo “big brother”, sendo constantemente filmado e gravado, invadindo-se a sua privacidade em decorrências de inúmeras justificativas, ainda que sem a anuência ou volição do titular desses dados pessoais. Alguns registros de filmagens afirmam que há autorização implícita do cidadão, mediante de expressões do tipo: “Sorria você está sendo filmado”, ou ainda, através de ligações telefônicas que o fornecedor informa ao cidadão: “esta ligação esta sendo gravada”. Seria isso suficiente para conformar os contornos jurídicos e econômicos do “consentimento” exigido por uma interpretação sistemática do CDC e pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?

Lewis Mumford faz reflexão a respeito da privacidade no contexto socioeconômico, no qual amadureceram as condições que levariam à afirmação da

---

<sup>99</sup> RODOTÁ. *A Vida ...*, cit., p. 24.

<sup>100</sup> RODOTÁ. *A Vida ...*, cit., p.24.

privacidade como uma exigência, cuja tutela deveria ser autônoma, destacando “a primeira mudança radical destinada a modificar a forma da casa medieval, foi o desenvolvimento do sentido de intimidade”<sup>101</sup>. Esta, com efeito, significava a possibilidade e afastar-se, por vontade própria, da vida e das atividades em comum.

Neste sentido, o direito a vida privada assinalou o início do novo alinhamento de classes que estava destinado a se refletir numa luta de classes sem tréguas e nas reivindicações individuais de um período ulterior.

## **6. O Consentimento como requisito essencial para a utilização dos dados pessoais.**

Diante a modernização tecnológica informatizada os dados pessoais encontram-se acessíveis sem o consentimento pessoal do titular desses dados ocasionando vulnerabilidade extrema na sociedade de consumo ou não.

A pedra de toque fundamental para o tratamento dos dados pessoais é o consentimento. O consentimento da pessoa, titular dos dados, é um dos pontos mais sensíveis de toda a matéria de proteção de dados pessoais, pelo consentimento, estrutura-se a partir da consideração da autonomia a circulação de dados e direitos fundamentais<sup>102</sup>. Até porque com o consentimento do titular dos dados pessoais retira o caráter ilícito da obtenção ou divulgação de informação.

Fernando Martins, comenta que a despeito de algumas leis específicas para comércio eletrônico, como as diretivas internacionais (Diretiva 95/46/CE) ou mesmo manifestações transnacionais (a exemplo das diretrizes da OCDE para a proteção da privacidade e fluxo transfronteiriço de dados pessoais), “ainda vê-se a falta de ajuste normativo, valendo-se o sistema jurídico de ferramentas não-específicas ainda espalhadas em códigos ou nas Constituições como estratégia de limites à referida sociedade”.<sup>103</sup>

Antes da *General Data Protection Regulation da União Europeia (GDPR)*, a diretiva 95/46 já conceituava o consentimento da pessoa como qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa aceita que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> MUMFORD, Lewis. *La Cultura delle città*. Milano, 1953, (trad. br: *Cultura das Cidades*) Belo Horizonte: Itatiaia, 1996, p. 29.

<sup>102</sup> DONEDA, *Da Privacidade*, cit., p. 371.

<sup>103</sup> Fernando Rodrigues Martins. Sociedade da Informação e proteção da pessoa. Revista Eletrônica da MPCON. Disponível em [http://revistampcon.com.br/edicoes/02/lista\\_artigos.html#collapse1](http://revistampcon.com.br/edicoes/02/lista_artigos.html#collapse1), acesso em 01/11/2015.

<sup>104</sup> Artigo 2º, h, da Diretiva 95/46/CE.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), traduz atualmente o consentimento como fonte interpretativa, hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais, “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”<sup>105</sup>.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais teve como inspiração na *General Data Protection Regulation da União Europeia (GDPR)*, dispondo que o ato de consentir deve ser praticado pela pessoa natural titular dos dados, ou por seu responsável legal, devendo ser expressado de maneira evidente e inequívoca, por escrito ou não.<sup>106</sup>

Dessa forma, demonstra que o princípio do consentimento, que deve ser dado de forma inequívoca quando for necessária para a execução do próprio contrato que ele integra, ou quando recomendar o interesse público.

Hoje, o consentimento assume um papel específico nas matérias que envolvem diretamente a personalidade. O progresso na sociedade de informação é responsável por um aumento das opções de escolha que podem ter reflexos diretos para a personalidade, visto que várias configurações possíveis referentes à privacidade dependem da autonomia privada.

Neste sentido, o consentimento, com base na expressão de sua vontade, permite a pessoa de modificar sua própria esfera jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor, infelizmente, permite a interpretação de abertura de dados sem a autorização do consumidor:

Art. 43, § 2º. A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não autorizado por ele.

A Lei de cadastro positivo estabelece que a pessoa natural ou jurídica só poderá incluir as informações no banco de dados mediante autorização do titular dos dados pessoais<sup>107</sup>. Além de estabelecer, como requisito essencial o consentimento, a lei, no artigo 5º, inciso V, dispõe que é direito do cadastrado a informação previamente ao armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento. A informação, neste caso, é para que o cadastrado ateste a utilização de seus dados de acordo com o consentimento dado.

O decreto nº 7829, de 17 de outubro de 2012 assevera, que a autorização para abertura de cadastro e compartilhamento de informação pode ser concedida de forma física ou eletrônica, diretamente à fonte ou ao gestor de banco de dados. O gestor do banco de dados deverá manter os registros adequados para comprovar a autenticidade e a validade da

---

<sup>105</sup> Lei 13.709/18, art. 7º, I.

<sup>106</sup> Idem, art. 8º.

<sup>107</sup> Vide artigo 2º, inciso III da Lei 12.414 de 9 de junho de 2011.



autorização e não poderá condicionar a abertura de cadastro mediante autorização de compartilhamento dos dados<sup>108</sup>.

Apesar da lei de cadastro positivo informar que deve haver o consentimento, as empresas de gestão de dados não informam ao indivíduo da inclusão nos arquivos positivos, da mesma forma, sobre o não cumprimento dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que é a informação prévia e o consentimento.

Em regra geral, as gestoras de bancos de dados e os fornecedores não poderão divulgar, transferir e mercantilizar qualquer registro por qualquer meio de comunicação a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem o consentimento prévio e por escrito da pessoa titular dos dados.

As únicas exceções do consentimento são os de interesse público e os cadastros negativos com o fundamento da proteção do mercado, onde poderá ser incluído o nome do consumidor na lista de informações negativas sem o consentimento, desde que a empresa gestora de banco de dados informe previamente a inclusão nos cadastros negativos<sup>109</sup>.

A informação prévia é importante, pois, assim, o consumidor tem o conhecimento do armazenamento no cadastro negativo, além de ter a oportunidade de retificar, se as informações estiverem incorretas. Neste sentido, cita-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro constituindo como obrigatório a comunicação prévia ao consumidor:

A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastros de devedores tem o direito de ser informada do fato. A cientificação do devedor sobre a inscrição prevista no art. 43, § 2º, do CDC, constitui obrigação exclusiva da entidade responsável pela manutenção do cadastro. O fato de não ser o devedor cientificado sobre a inscrição de seu nome no cadastro dos inadimplentes, por escrito, é mais do que suficiente para comprovar o descumprimento do comando legal. O arbitramento do valor indenizatório por dano moral deve ajustar-se aos limites do razoável, já que não atua como meio de enriquecimento, mas, em última análise, como satisfação pessoal da parte ofendida. Tratando-se de responsabilidade civil extracontratual, os juros moratórios fluem desde o evento danoso (STJ Súmula nº 54), devendo ser aplicada a taxa de um por cento ao mês (arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário

---

<sup>108</sup> Vide artigo 7º do decreto.

<sup>109</sup> O STJ tem o entendimento que é de competência do SPC, SERASA, entre outros, responsável de informar ao consumidor, e não do estabelecimento comercial. STJ. Resp. 2005/0122304-5. Rel. Jorge Scartezini. 4ª T. V. Unânime, Julgado em 18/08/2005.

Nacional). Provimento parcial do segundo recurso. Improvimento do primeiro<sup>110</sup>.

Portanto, consentimento será primordial com a finalidade de diminuir ao máximo ao acesso, desautorizado e eventual compartilhamento indesejado dos dados pessoais, e com o objetivo de garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, os direitos fundamentais da pessoa (direito à privacidade e intimidade), particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, nos termos do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Confirmando a necessidade do consentimento cita-se o voto do Ministro Luís Salomão em acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça em que explicita o desenvolvimento de um novo direito à privacidade no nosso ordenamento jurídico, a partir de uma discussão sobre a violação da imagem por meio das novas tecnologias: “o consentimento do interessado é ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade”<sup>111</sup>.

O consentimento encontra-se fundamentado no fato de que se está protegendo a própria personalidade, logo deve estabelecer parâmetros para esta autorização. Assim, podem ser definidos requisitos para a obediência ao princípio da informação; pode-se também desmembrar o consentimento, conforme a natureza dos interesses em determinado perfil do tratamento dos dados pessoais, como por exemplo, o consentimento para o tratamento de dados sensíveis pode ser vinculado a requisitos mais rígidos<sup>112</sup>.

Como fundamento final, acrescente-se ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prescreve que o consentimento deve ser manifestado “de forma específica e destacada”<sup>113</sup>

## CONCLUSÃO

Discute-se hoje, com extrema complexidade, os contornos das camadas da personalidade humana na era da Informação. Ao mesmo tempo em que a sociedade atual recebe uma explosão de informação ligada diretamente pela inovação tecnológica, coloca-se em risco aspectos sensíveis de privacidade, intimidade e segredo. A tutela da privacidade e da intimidade da pessoa humana é um direito fundamental e, como não poderia deixar de ser, é a partir desse fundamento que se deve tratar a problemática.

---

<sup>110</sup> TJERJ. Apelação Cível n.º 2006.001.05910. Des. Maldonado de Carvalho. 1ª Câmara Cível. V. Unânime, Julgado em 23/05/2006.

<sup>111</sup> STJ, REsp 1.168.547/RJ, 4ª, T., j. 11.05.2010, V. Unânime, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe. 07.02.2011.

<sup>112</sup> DONEDA, *Da privacidade...*, cit., p 384.

<sup>113</sup> LGPD., art. 11, I.

A globalização inerente à sociedade de informação produz o armazenamento e a circulação de dados em operações sem limites. Não se quer dizer, com isso, que o progresso tecnológico é ruim para a sociedade. Ao contrário, ele é positivo, mas deve ser controlado para não ocasionar efeitos negativos e deletérios, pois a informação passa a ter cada vez mais um valor econômico. O objetivo deste texto e da proteção de dados pessoais no mundo contemporâneo deve ser o de compatibilizar o Direito e a Economia do petróleo do mundo contemporâneo que é a informação.

O direito da privacidade e de intimidade, sob influxos dos avanços tecnológicos de processamento de dados, subentende a proteção do cidadão contra a coleta, o armazenamento e a mercantilização desautorizada ou não consentida de seus dados pessoais, especialmente os que tenham características sensíveis: credo, opção sexual, orientação política e codificação genética, por exemplo. Tal direito permite ao cidadão o poder de controlar a utilização de seus dados pessoais e garantir o tratamento legal dos seus dados, inclusive, se assim quiser, com finalidade econômica. Essa evolução configura um novo caminho para a proteção constitucional do indivíduo na sociedade de conhecimento, sendo certo que o consentimento é um de seus pilares.

Hoje os indivíduos da sociedade de conhecimento correm o risco de parecerem “homens de vidro”, pois vivem em uma sociedade que a Internet está tornando tudo totalmente transparente. Aliás, isso seria apenas um risco ou já somos feitos de vidro? Vive-se em uma sociedade em vigilância, em mundo de monitoramento, localização, observação e rastreamento, de modo que há quem pense, como nós, que a Internet significou o atestado de óbito da privacidade, da intimidade e do segredo. O vislumbre da Internet auxilia, mas também fere, mata e deixa cicatrizes indeléveis.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18) traduz atualmente o consentimento como fonte interpretativa, hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais, “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”. Qual é o tipo de consentimento que a LGPD e o CDC proclamaram para o nosso ordenamento jurídico? Um ficto, com o fito de meramente preencher uma lacuna de exigência legal, ou um real e efetivo, a partir do qual o titular de seus próprios dados pessoais tenha plenas condições de escolher se, como e quando quer compartilhar seus dados pessoais com terceiros? Sinceramente, este último é o único que conforma a moldura normativa eleita para a tutela da proteção de dados pessoais, muito embora seja praticamente relegado à posição de devaneio acadêmico, de pouca ou nenhuma (ainda) aplicabilidade. Precisamos, nós e o mundo, consertar, com urgência, tudo isso, sob pena de incorrerem no erro da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, no caso, do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Faz-se necessário que o Código de Defesa do Consumidor evolua junto com os avanços tecnológicos, preservando os direitos conquistados e se adaptando aos novos

desafios na sociedade de conhecimento. A atualização do Código de Defesa do Consumidor é extremamente importante para fortalecer a confiança dos consumidores no uso dessas novas tecnologias de rede global e contribuir para o desenvolvimento social e econômico.

## REFERÊNCIAS

BARSOSA, Lívia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *A Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas.*: Trad.: Marcus Pechel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

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

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BONATTO, Claudio. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2008.

DEBORD, Guy. *La société Du spectacle*. Paris: Champ Libre, 1971.

DONEDA, Danilo. *A Proteção dos Dados Pessoais Como um Direito Fundamental*. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1XGNBsou41sJ:editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658+banco+de+dados+danilo+doneda&hl=pt-R&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgcGTS--qalbtqiBkQYupWjaU9H0jxGARcju7fqmaxLViNQMqqTzLZA0njzvCKPy-mjKQDCXWKG-81MnAPZ9eNIMGQuzcB3Iok\\_AC9yt2Q5AfC78epy\\_ugSYIPVotvZDE7A0nw7&sig=AHIEtbTVgdob1QTaff3Slii7zAmuH8LV4Q](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1XGNBsou41sJ:editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658+banco+de+dados+danilo+doneda&hl=pt-R&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgcGTS--qalbtqiBkQYupWjaU9H0jxGARcju7fqmaxLViNQMqqTzLZA0njzvCKPy-mjKQDCXWKG-81MnAPZ9eNIMGQuzcB3Iok_AC9yt2Q5AfC78epy_ugSYIPVotvZDE7A0nw7&sig=AHIEtbTVgdob1QTaff3Slii7zAmuH8LV4Q)> Acesso em 26/06/2012.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. . A Eficiência da Proteção de Dados Pessoais à luz da Análise Econômica do Direito. In: Plínio Lacerda Martins; André Hacl Castro; Paula Ramada; Edson Alvisi Neves. (Org.). *Direito do Consumidor na Modernidade*. 1ed. Niterói: UFF, 2019, v. , p. 8-.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. ; NEVES, E. A. . Desinfetar a honra ou trazer tudo à tona? Por uma Análise Econômica do Direito ao Esquecimento. X Congresso Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia. ABDE. Unisinos. Porto Alegre. 2017. (Apresentação de Trabalho/Congresso).

FRANCO, Paulo Fernando de Mello; PORTO, A. J. M. Por uma análise também econômica da responsabilidade civil do cadastro positivo: abordagem crítica do art. 16 da Lei 12.414/2011. *REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR*, v. 27, p. 247/271, 2018.

GARSTKA, Hansjürgen. Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz. In: SCHULZKI-HADDOUTI, Christiane. *Bürgerrechte im Netz*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMES, Mário Manuel Vargas. *O Código da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais, na Lei e na Jurisprudência*. Coleção: Direito das Novas Tecnologias. Centro Atlântico: Portugal, 2003.

GOMES, Fabiana Maria Martins de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n.44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad.: Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad.: Flávio R. Kothe. 2 ed., Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003.

LIPOVESTSKY, Gilles. *A felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARCUSE, Hebert. *A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*. Tese de livre-docência em direito civil apresentada à congregação da faculdade de direito de São Paulo. Maio, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da Informação e proteção da pessoa. *Revista Eletrônica da MPCON*. Disponível em [http://revistampcon.com.br/edicoes/02/lista\\_artigos.html#collapse1](http://revistampcon.com.br/edicoes/02/lista_artigos.html#collapse1), acesso em 01/11/2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. V.2, 2 ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MUMFORD, Lewis. *La Cultura delle città*. Milano, 1953, (trad. br: *Cultura das Cidades*) Belo Horizonte: Itatiaia, 1996, p. 29.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEVES, Edson Alvisi. Revisitando o conceito de consumidor frente à sociedade de risco no Brasil. In: *Sociedade de Risco e Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais*. LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Fraga Iglecias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direito da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

# O DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO DO CONSUMIDOR<sup>114</sup>

Francisco de Assis Macedo Barreto<sup>115</sup>

**Resumo.** O Direito do Consumidor se constitui em um subsistema do sistema jurídico nacional, com principiologia distinta e específica, ou, por outra vertente, seria um microsistema jurídico isolado do Direito Civil. Quando de sua gênese no ordenamento jurídico pátrio a comunidade jurídica dos intérpretes, ancorada no Direito Civil emoldurado pela codificação nacional de 1916, surpreendeu-se em face de as inovações consumeristas no campo principiológico e processual, em especial no probatório, desencadearem conflitos aparentes de normas em antinomia. A descoberta da norma perfeitamente aplicável ao ponto controvertido, ou seja, à questão, exige do exegeta operar as regras metodológicas de Hermenêutica de forma a não extrapolar ou romper a *unidade* e a *ordenação* do sistema jurídico, seja por força da exigibilidade da *segurança jurídica* ou seja por força do *princípio da paridade de tratamento*, na dicção de Claus Wilhelm Canaris. Com o ingresso do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico, inaugurando um novo sistema civil, com destaque no ramo do Direito obrigacional e o subsequente contratual, a Hermenêutica dotou-se de nova dicção na dimensão exegética, elegendo-se o método do Diálogo das Fontes, na proposição de Claudia Lima Marques, como aquele consentâneo à higidez subsistêmica consumerista imbricada no sistema jurídico pátrio.

**Palavras-chaves:** Direito do Consumidor. Subsistema. Microsistema. Hermenêutica. Diálogo das Fontes.

**Abstract.** *Consumer Law is constituted in a subsystem of the national legal system, with distinct and specific principle, or, on the other hand, it would be an isolated legal microsystem of Civil law. When its genesis in the legal system the legal system of interpreters, anchored in civil law framed by the national codification of 1916, was surprised in the face of consumerist innovations in the principle and procedural field, in especially in the evidentiary, trigger apparent conflicts of antinomy norms. The discovery of the standard perfectly applicable to the point at issue, i.e. to the question, requires the exegeta to operate the methodological rules of Hermeneutics in such a way as not to extrapolate or break the unity and ordering of the legal system, either by virtue of the requirement legal certainty, i.e. by virtue of the principle of treatment parity, in the diction of Claus Wilhelm Canaris. With the entry of the Civil Code of 2002 into the legal system, inaugurating a new civil system, with emphasis on the field of compulsory law and the subsequent contractual, Hermeneutics ended with a new diction in the exegical dimension, electing the method of Dialogue fontes, in the proposition of Claudia Lima Marques, as that consent to the consumerist subsystemic hygiene imbrited in the judicial system.*

**Keywords:** *Consumer Law. Hermeneutics. Dialogue of the Sources.*

**Sumário.** 1. Introdução. 2. Autonomia da Vontade. 3. Consumo. 4. Subsistema ou microsistema consumerista. 5. A Pós-modernidade. 6. O Diálogo das Fontes. 7. À guisa de conclusão.

---

<sup>114</sup> Trabalho da Cadeira *Empresa, Sustentabilidade e Inovações Tecnológicas II* ministrada pelo Professor Doutor **Plínio Lacerda Martins**, Professor Doutor **Guilherme Martins** e Professor Doutor **Marcos Cesar de Souza Lima** no Doutorado do Programa *Direitos, Instituições e Negócios* da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN-UFF).

<sup>115</sup> Doutorando no Programa *Direitos, Instituições e Negócios* (PPGDIN-UFF). Mestre em Justiça Administrativa (PPGDIN – UFF). Membro do Grupo de Pesquisa *Empresa, Direito e Sociedade* (CNPq/UFF). E-mail: assisbarreto@hotmail.com. Link para Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0567383895228804>. Orientador Professor Anton Lois Fernandez Alvarez, Doutor em Direito pela Universidad de Vigo e Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015), Professor visitante da Universidade Federal Fluminense, professor doutor da Universidad de Vigo e da Universidade Sénior (Universidad de Vigo).

## 1. INTRODUÇÃO.

Pretende-se, por estas garatujas, cotejar o Direito do Consumidor com o Direito obrigacional/contratual civil quando da eclosão das questões, ou seja, os “pontos controvertidos”<sup>116</sup>, erigidos em uma relação jurídica processual nas hipóteses de conflito aparente de normas ou de antinomia e sobre qual o subsequente método exegético sanatório perflhado pela *comunidade jurídica de intérpretes*<sup>117</sup> que deva ser manuseado. Na vigência do Código Civil de 1916 concebia-se o Direito do Consumidor<sup>118</sup> como um microsistema distinto do sistema jurídico estruturante do Direito Civil. Com a entrada no ordenamento jurídico do Código Civil de 2002<sup>119</sup>, sucedeu um novo sistema jurídico estruturante<sup>120</sup> do Direito Civil pátrio, posto que dotado de principiologia distinta da vetusta moldura codificadora e com maior proximidade em razão de traços comunicantes ao sistema consumerista. Intui-se que, da concepção de um *microsistema* insulado do Direito Civil codificado no século XX d.C., evoluiu-se para a concepção de um *subsistema* consumerista convivendo harmônica e compulsoriamente com o subsistema jurídico civil, todos os dois integrantes do sistema jurídico. Ambas as disciplinas se constituem em subsistemas integrantes do sistema jurídico brasileiro, cujo fulcro comum repousa na Autonomia da Vontade ou Autonomia Privada<sup>121</sup>, categoria dogmática de extremada valoração na Ciência do Direito, cuja maior ou menor eficácia distingue os ramos da mesma cepa civil.

Nesta toada colima-se, sob o gradiente metodológico da indução, com empa na Doutrina, jurisprudência e legislação, — tudo perfunctoriamente —, ventilar a eficácia da Autonomia da Vontade, concretizada pelas manifestações/declarações volitivas nas relações materiais consumeristas, considerando-se a peia oriunda do *dirigismo contratual* e do seu

---

<sup>116</sup> “Ponto é, em prestigiosa doutrina, aquele fundamento da demanda ou da defesa, que haja permanecido incontroverso durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordes as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado a dúvida), o ponto se erige em questão. Questão é, portanto, o ponto duvidoso. Há questões de fato, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, que correspondam à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 189-90.

<sup>117</sup> “Fica bem ao magistrado aludir às teorias recentes, mostrar conhecê-las, porém, só impor em aresto a sua observância quando deixarem de ser consideradas ultra-adiantadas, semi-revolucionárias; obtiverem o aplauso dos moderados, não *misonéistas*, porém, prudentes, doutos e sensatos.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 196.

<sup>118</sup> [ ] Sua lei básica é de 1990, ou seja, a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

<sup>119</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*.

<sup>120</sup> “A estrutura de um sistema é a incorporação física do seu padrão de organização.” CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A Visão Sistêmica da Vida: Uma Concepção unificada e Suas Implicações Filosóficas, Políticas, Sociais e Econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 373.

<sup>121</sup> [ ] Na Doutrina se colhe distinção entre ambos: “E, quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada.” AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 352.

assento topográfico dentro dos constitucionais Direitos e Garantias Fundamentais como um Direito individual e/ou coletivo.

Os resultados cogitados se consubstanciarão em proposições de identificação das categorias jurídicas envolvidas, a saber, se são subsistemas ou microssistemas, propugnando-se o primado do método exegético do *Diálogo das Fontes*, posto que este mantenha a adequação harmônica à principiologia do sistema jurídico pátrio, e, portanto, à concepção de Direito como Ciência; resguardando a intangibilidade do princípio protetivo do vulnerável/hipossuficiente no gradiente da *segurança jurídica*, que se deduz estranhamente olvidado na era da Pós-Modernidade, no gradiente da globalização, pelos efeitos do ressuscitado neoliberalismo econômico.

## 2. A AUTONOMIA DA VONTADE.

Permite-se intuir que o marco divisor entre o sistema do Direito Civil e o subsistema do Direito do Consumidor seja a amplitude com que é exercido o conteúdo da Autonomia da Vontade. Porém, como adverte Piero Perlingieri, não se trata de “uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento”.<sup>122</sup> Acresça-se que a especificidade do subsistema pertinente ao Direito do Consumidor — ou microssistema como dizem outros — impõe um gradiente distintivo, de natureza concreta, posto que a “autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.”<sup>123</sup>

Relembre-se que Francisco Amaral distingue a Autonomia da Vontade da Autonomia Privada, donde a Autonomia da vontade atua “como manifestação de liberdade individual no campo do direito”, enquanto a Autonomia privada é o “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”.<sup>124</sup> Segundo o cotejamento de Amaral, a locução “autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”,<sup>125</sup> constituindo-se, deste modo, em um princípio aberto informador fundamental sistêmico, ou seja, uma “ideia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico”.<sup>126</sup> Para ele a Autonomia da Vontade é a “faculdade dada às pessoas

---

<sup>122</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

<sup>123</sup> *Op. cit.* p. 17.

<sup>124</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 353.

<sup>125</sup> *Op. cit.* p. 354.

<sup>126</sup> *Op. cit.* p. 355.



decidirem se desejam ou não constituírem uma relação contratual. É a liberdade de contratar e por conseguinte, de estabelecerem as cláusulas que irão incidir na vigência do contrato.”<sup>127</sup>

É consabido que a Autonomia da Vontade se fortaleceu quando a pandectística na Alemanha do século XIX, cristalizada no Código Civil tedesco de 1896 e capitaneada por Savigny<sup>128</sup>, recepcionou o Direito Romano.

Na busca do eixo propulsor da Autonomia da Vontade imerge-se em Immanuel Kant para identificar que o “*desejo* é a autodeterminação do poder de um sujeito pela representação de um fato futuro, que seria o efeito desse poder.”<sup>129</sup> No diapasão de Kant, Jean-Marie Vaysse conceitua que a “autonomia da vontade é o princípio de todas as leis morais e de todos os deveres”, e que se dicotomiza em heterônoma quando for “determinada por móbiles sensíveis” e em vontade autônoma quando for “determinada pela **lei** moral”.<sup>130</sup> A filosofia de Kant impingiu à Autonomia da Vontade uma “conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1796) que ‘a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica’.”<sup>131</sup>

Entrementes, a filosofia da Vontade de Friedrich Hegel — *Willenstheorie* — cujo substrato é “poder da vontade”, que subjaz à Teoria da Vontade, pode ser considerada a “mais antiga doutrina sobre o conceito dos direitos subjetivos”<sup>132</sup>, no dizer de Eduardo Espinola e Espinola Filho, o que dicotomiza o direito objetivo como sendo uma “vontade geral”, enquanto o “direito subjetivo” é a “ativação do poder volitivo do indivíduo”, ou seja, “o direito subjetivo consiste no poder da vontade.”<sup>133</sup> Dentro das concepções de Friedrich Hegel sobre a estrutura da vontade livre<sup>134</sup> a mais complexa é a *autodeterminação* da vontade livre, esmiuçando Carla Gallego que a “purificação dos instintos” do Homem pela educação

---

<sup>127</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes; PIMENTEL, Ademir Paulo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 20.

<sup>128</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à Edição Portuguesa*. In *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. CANARIS, Claus-Wilhelm. 4ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. Traduzido de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. p. XXI, p. LXXXI.

<sup>129</sup> GRATELOUP, Léon-Louis. *Dicionário Filosófico de Citações*. Tradução de Marina Appenzler. Volume 28. São Paulo: Folha de S. Paulo. Coleção Folha Grandes Nomes do Pensamento, 2015. Traduzido de *Dictionnaire Philosophique de Citations*. p. 31.

<sup>130</sup> VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Tradução por Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Traduzido de *Le Vocabulaire de Emmanuel Kant*. p. 78.

<sup>131</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 363.

<sup>132</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 169-70.

<sup>133</sup> *Op. cit.* p. 169-70.

<sup>134</sup> [ ] A análise de Hegel “apresenta três momentos ou três concepções sobre a vontade: a *universalidade*, a *particularidade* e a *individualidade*.” (...) “A individualidade, por sua vez, é a concepção de vontade como unidade da universalidade e da particularidade e essa união — através de um processo que passa pela vontade ‘natural’, pelo ‘arbitrio’ (*Willkür*) e pela ‘cultura’ (*Bildung*) — é aquilo que Hegel concebe por vontade livre ou autodeterminação.” GALLEGO, Carla. *O Conceito de Vontade na Introdução da Filosofia do Direito de Hegel*. In *Dissertatio, Revista de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas – UFPel*. [27-28, 2008]. p. 89. DOI: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V28I0.8849](http://dx.doi.org/10.15210/dissertatio.v28i0.8849). Disponível: <<<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8849>>. Acesso em: 11/11/2019.

sujeita-o a “um processo de libertação da imediatividade dos desejos”<sup>135</sup>, em cujo curso se racionalizará a vontade “porque implica em que um indivíduo desenvolva um autoconhecimento.” Por conseguinte, “na medida em que os desejos são purificados, o conteúdo da vontade passa a ser concebido como produção da própria vontade.”<sup>136</sup> Elucidativo é o exemplo que distingue um do outro: “o desejo imediato de comer carne torna-se desejo de comer carne assada no jantar às 20 horas. Eis a vontade como autodeterminação.” Por conseguinte, a “vontade agora pode determinar seus próprios propósitos e, com isso, ela tem a si mesma como seu próprio objeto e é livre em e para si.”<sup>137</sup> Por sua vez, contextualizando Friedrich Hegel nos “tempos modernos”, Gilvan Luiz Hansen indigita a “subjetividade, em cujo interior estão igualmente imbricados a liberdade e a reflexão” como um elemento característico e propulsor da Modernidade no matiz da “preservação dos direitos e na garantia da **liberdade do sujeito** que as normas jurídicas serão elaboradas”<sup>138</sup>.

Na comunidade jurídica de intérpretes<sup>139</sup> é assente que a Autonomia da Vontade erija-se como uma categoria primordial da Teoria Contratual, que contém dois princípios, a saber, o “princípio da liberdade de contratar ou não contratar” e o “princípio da liberdade de contratar aquilo que entender”<sup>140</sup>. Nesta senda, identifica-se o *princípio da liberdade* como um substrato subjacente da Autonomia da Vontade, sustentando Louis Jossierand a sua ambivalência funcional e a relevância do princípio da legalidade estrita, pois “sirve tanto para el *fondo* como para la forma; los contratantes pueden poner en sus acuerdos todo lo que tengan por conveniente; la regla es que *todo que no está prohibido está permitido*”<sup>141</sup>. Será o dogma do *interesse da sociedade* que estigmatizará o que é proibido, aquilo que “los particulares no podrian suprimir, que no pueden derogar, a saber, las que interesan al orden público y a las buenas constumbres”, advertindo porém o Conselheiro da Corte de Cassação francesa que as noções de *ordem pública* e de *bons costumes* são “por lós demás, tan vagas

---

<sup>135</sup> GALLEGO, Carla. *O Conceito de Vontade na Introdução da Filosofia do Direito de Hegel*. In *Dissertatio, Revista de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas – UFPel*. [27-28, 2008]. DOI: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V28I0.8849](http://dx.doi.org/10.15210/dissertatio.v28i0.8849). Disponível: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8849>>. Acesso em: 11/11/2019.

<sup>136</sup> *Op. cit.*

<sup>137</sup> *Op. cit.*

<sup>138</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999. p. 86-7. (grifo não constante no original).

<sup>139</sup> [ ] Define-se a *comunidade jurídica de intérpretes*, com esboço em Emilio Santoro, como sendo um grupo de pessoas ou um único sujeito que “constrói uma série de textos como ponto de referência da própria atividade cognoscitiva” e “que constituem a si próprios como grupo socialmente apto a conhecer ‘com autoridade’ aquele âmbito de experiência ao qual os textos se referem.” Aspecto relevante é que nela o discurso jurídico se modela em “padrões de reconhecimento e de aceitação constantemente elaborados. O discurso é, ao mesmo tempo, expressão e instrumento de legitimação da comunidade de intérpretes.” SANTORO, Emilio. *Estado de Direito e Interpretação: Por Uma Concepção Jusrealista e Antiformalista do Estado de Direito*. Traduzido por Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das Declarações da Vontade*. Vol. III. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 16.

<sup>141</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I. Traduzido para a língua espanhola por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia – Editores, 1952. Traduzido de *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª edição, 1938. p. 133.

como fundamentais”<sup>142</sup>. Deste modo, deduz-se que sem a prévia liberdade não há exteriorização da vontade. Com empa em Francisco Amaral dir-se-á que *normas de ordem pública* são um “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”<sup>143</sup> e que *bons costumes* são um “conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.”<sup>144</sup>

Avançando que a “doutrina atual” “abandonou o princípio da Autonomia da Vontade”<sup>145</sup>, inclusive por influência do Direito Canônico<sup>146</sup>, Fernanda Pontes Pimentel acresce às balizas da ordem pública e dos bons costumes a *Teoria da Imprevisão* e o óbice da *onerosidade excessiva*. Para a notável civilista “a liberdade de contratar — âmago da Autonomia da Vontade — passou a ser uma simples falácia histórica”<sup>147</sup>. Hoje descortinou-se uma nova *concepção social* dos contratos no gradiente do desejado restabelecimento dogmático do equilíbrio sócio-econômico entre os contratantes, cuja desigualdade no acesso aos bens da vida, “características próprias do capitalismo”, “são mais sentidas nos países pobres onde praticamente se aniquilou a livre vontade no contraimento das obrigações”<sup>148</sup>. Pimentel propõe a ruptura paradigmática, posto que “não se é tão livre para contratar como correntemente se pensa”, em razão de que todos sofremos a heteronomia de “assumirmos obrigações em busca de uma vida melhor, como exigência de respeito e sucesso no meio social”, inebriados no “ideal consumerista que desde cedo é ensinado aos nossos filhos.”<sup>149</sup> Como exemplos do dirigismo das regras de Direito Público no seu conteúdo são os contratos obrigatórios ou coativos, ajustados por força de lei, as quais o empresário não as pode olvidar. A compulsividade consumista é uma condição *sine qua non* na implementação do sistema:

Afinal de contas, um mercado lucrativo para os empresários — detentores do capital — exige, em contrapartida, a presença de ávidos consumidores. Com certeza, o capitalismo não teria a menor possibilidade de sobrevivência se todos pensássemos como São Francisco de Assis, que acolheu o desprendimento das coisas e bens materiais como um estilo de vida.<sup>150</sup>

---

<sup>142</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I. Traduzido para a língua espanhola por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia – Editores, 1952. Traduzido de *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª edição, 1938. p. 133.

<sup>143</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 356.

<sup>144</sup> *Op. cit.* p. 356.

<sup>145</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes; PIMENTEL, Ademir Paulo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.16.

<sup>146</sup> [ ] No mesmo sentido é Tullio Ascarelli, ao falar na influência do Direito Canônico e do Direito Comercial na substituição do formalismo contratual pelo consentimento das partes na elaboração do contrato. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba-SP: Minelli, 2007. p. 36.

<sup>147</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes; PIMENTEL, Ademir Paulo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.18.

<sup>148</sup> *Op. cit.* p.18.

<sup>149</sup> PIMENTEL, Fernanda Pontes; PIMENTEL, Ademir Paulo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.18.

<sup>150</sup> *Op. cit.* p. 19.

Por conseguinte, acresce-se ao balizamento antes proposto à plenitude sem peias da Autonomia da Vontade, a saber, as normas de ordem pública e os bons costumes, também a *boa-fé* objetiva como um novo paradigma, na dicção autêntica<sup>151</sup> da Exposição de Motivos do Projeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da *boa-fé* do consumidor, assim como de uma situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vigora presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja por meio do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.<sup>152</sup>

Não se olvide, também, a *função social* do contrato<sup>153</sup> como outro freio às obrigações abusivas impostas no conteúdo do contrato pelo contratante mais poderoso, de especial importância em face da transcendência sobre a *empresa*,<sup>154</sup> — que também se caracteriza pela *função social*<sup>155</sup> —, no patamar das relações consumeristas, posto que a “complexidade da vida social exigiu em alguns setores novas técnicas contratuais”, que “repercutiram no regime legal e na interpretação dos contratos<sup>156</sup>”. No diapasão de Edson Alvisi, como

regra aberta de concretização das limitações à liberdade contratual, está a função social do contrato (CC, art. 421), que o legislador fez questão de afirmar a incidência da mesma nos negócios realizados antes da vigência do código (CC, art. 2.035, § único). O contrato é o mecanismo próprio de atuação da empresa desde seu ato constitutivo aos atos negociais cuja realização estão limitadas por regras impostas pela legislação consumerista, ambiental, concorrencial e administrativas.<sup>157</sup>

---

<sup>151</sup> “Denomina-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 87.

<sup>152</sup> ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Dirigismo Contratual nos Contratos de Saúde*. Revista da AJURIS — v. 39 — n. 128 — Dezembro, 2012. p. 223. Disponível: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/738/438>>. Acesso em: 03/01/2020.

<sup>153</sup> Código Civil, artigo 2.035, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

<sup>154</sup> “À nossa compreensão o conceito de função social funda-se no direito subjetivo, de forma que essa possa ser exigível no exercício de um determinado direito subjetivo. No caso de empresa, a função social só é exigível nas atividades que constituem os elementos da atividade econômica, sob pena de tudo ser entendido como função social e um enfraquecimento do próprio conceito.” ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p. 26.

<sup>155</sup> Código Civil, artigo 2.035, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

<sup>156</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p.31.

<sup>157</sup> *Op. cit.* p.31.

É assente no Direito que a Autonomia da Vontade toma por fulcro a plena capacidade de as Partes entabularem, em sede contratual<sup>158</sup>, por meio do *consentimento*, do qual decorre o *vinculum juris*, identificado como “um princípio de direito natural”.<sup>159</sup> Trata-se, assim, de se dogmatizar que o contrato centra-se na “ideia basilar” da “igualdade de todos perante a lei que impõe o mesmo tratamento”<sup>160</sup> quando do exercício livre e desembargado na emissão concreta de declarações volitivas. Infere-se, a *contrario sensu*, que acaso os convenientes não estejam em situação de equipolência, como na sede de relação de consumo, não se pode falar em Autonomia da Vontade ou em Autonomia Privada, posto que seu pilar sistêmico seja a igualdade das partes. Como alerta Edson Alvisi, ao se desconsiderar “a condição ou posição social dos sujeitos” estar-se-á “permitindo a dominação de uma classe sobre a economia considerada no seu conjunto”<sup>161</sup>. O gigantismo<sup>162</sup> do fornecedor mantido pela sua “preponderância econômica e técnica” viabilizada através de “poderosas estratégias de marketing”, exige o contraponto “pela intervenção estatal nas relações privadas, com o intuito de proteger o hipossuficiente”<sup>163</sup>, no escopo maior de se equilibrar o tratamento isonômico entre as partes, um ideal de justiça<sup>164</sup>.

Conclui-se, assim, que há uma presunção absoluta da vulnerabilidade do Consumidor, posto que hipossuficiente nesta relação jurídica, de tal sorte que não se possa ver a relação consumerista emoldurada pela categoria civilista do contrato. Por conseguinte, a disponibilidade contratual é obliterada pelo *dirigismo contratual*, cuja limitação imposta por ele será a medida da sua graduação e consequente alocação dentro de um ou do outro:

Nesse sentido, não mais se justificam os argumentos de que o Estado não pode intervir nos contratos privados. O dirigismo do Estado faz-se necessário com o comando da lei para corrigir desigualdade e abusos nas relações jurídicas de consumo.<sup>165</sup>

---

<sup>158</sup> Código Civil, art. 1º. *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*

<sup>159</sup> ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba-SP: Minelli, 2007. p. 33, p. 37.

<sup>160</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p. 30-1.

<sup>161</sup> *Op. cit.* p. 31.

<sup>162</sup> [ ] Lê-se na Doutrina, além de *gigantismo*, também os vocábulos *grande empresa* e *macro empresa*. Por todos, ver FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 244; BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 271.

<sup>163</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p. 31.

<sup>164</sup> [ ] O princípio da igualdade “é a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento na Ciência do Direito”, donde o legislador e juiz devam “proceder com adequação”, — que é uma “característica da ‘ordem’ no sentido do conceito de sistema — no escopo de “tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antônio Menezes Cordeiro. 4ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 18-9.

<sup>165</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141.

Acresça-se que há previsão do intervencionismo estatal no conteúdo da relação consumerista pela Organização das Nações Unidas<sup>166</sup>:

26. Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos esenciales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores.<sup>167</sup>

No âmbito da jurisdição, ou seja, aqui entendida no espectro das relações processuais estabelecidas dentro do Poder Judiciário ou em sede de Justiça administrativa, o que desencadeia o primado do dirigismo contratual, segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, será quando as “relações negociais” “se mostrem descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé (CC, arts. 422 e 423).”<sup>168</sup> E também neste âmbito litigioso-jurisprudencial as Nações Unidas recomendam a heteronomia:

37. Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, **por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias**, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Los Estados Miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> [ ] Os Tratados ou Convenções Internacionais chancelados pelo Brasil são fonte de Direito do Consumidor conforme disposto no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>167</sup> Conferencia de Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. Naciones Unidas. *Directrices Para La Protección Del Consumidor*. Nueva York y Ginebra, 2016. “As diretrizes foram aprovadas pela primeira vez pela Assembleia Geral na Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, posteriormente ampliadas pelo Conselho Econômico e Social na Resolução E/1999/INF/2/Add.2, de 26 de julho de 1999, e recentemente revisadas pela Assembleia Geral na Resolução 70/186 de 22 de dezembro de 2015.” Disponível:<[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>168</sup> ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Dirigismo Contratual nos Contratos de Saúde*. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 128 – Dezembro, 2012. Disponível:<<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/738/438>>. Acesso em: 03/01/2020.

<sup>169</sup> Conferencia de Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. Naciones Unidas. *Directrices Para La Protección Del Consumidor*. Nueva York y Ginebra, 2016. “As diretrizes foram aprovadas pela primeira vez pela Assembleia Geral na Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, posteriormente ampliadas pelo Conselho Econômico e Social na Resolução E/1999/INF/2/Add.2, de 26 de julho de 1999, e recentemente revisadas pela Assembleia Geral na Resolução 70/186 de 22 de dezembro de 2015.” Disponível:<[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)>. Acesso em: 02/02/2020.

Não se pode olvidar a noção desenvolvida sob o que se alcunhou atualmente como *Análise Econômica do Direito*<sup>170</sup> ou, como antes era chamado, de *Consequencialismo*<sup>171</sup> ou de *Direito Econômico*<sup>172</sup>, como um contraponto que visa a profligar o *dirigismo contratual*, sob o argumento do respeito à *segurança jurídica*<sup>173</sup>, essencial nos negócios jurídicos. O dogma é que sem a *pax mercatoria* não há lugar para as relações mercantis<sup>174</sup>. Ao Mercado importa a higidez da Autonomia da Vontade “como princípio e forma de poder jurídico” que se imbrica na “doutrina do liberalismo ‘pelo qual o livre jogo das vontades particulares assegura o máximo de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência’”<sup>175</sup>. Sua concretude e instrumentalidade se perfaz através do contrato, “que deve ser preservado como produto da liberdade integral de suas partes, afastados os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter ...*”<sup>176</sup> — anacronicamente rogados nesta quadra temporal —.

Acresça-se que a natureza protetiva do Direito do Consumidor se insira no rol dos Direitos Fundamentais<sup>177</sup> da pessoa humana, no matiz da isonomia material, e que se revestem de imperatividade diante de quaisquer outros interesses, mesmo que derivados de cepa econômica ou tributária, já que se tem como sobranceiro um princípio fundante do

---

<sup>170</sup> COASE, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 2ª edição, traduzido por Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, GEN, 2017. Traduzido de *The Firma, The Market, The Law*.

<sup>171</sup> “... que é uma manifestação ativista e caráter economicista das decisões judiciais.” ABBOD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: o Ato Administrativo e a Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 328. [ ] No mesmo sentido é LOBO, Ricardo. *O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. In *Estudos Em Tributo ao Jurista Ives Gandra*. Oswaldo Othon P. Saraiva Filho (coordenador). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271-302.

<sup>172</sup> GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 163. [ ] Há previsão no disposto no inciso I do artigo 24 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da locução “direito” “econômico”.

<sup>173</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 2º: *O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*. Disponível: < [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 01/08/2019. (grifo não constante no original).

Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, *caput*. Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*: (...). (grifo não constante no original).

[ ] “O direito tem, por isso, como um dos seus valores fundamentais, para muitos o primeiro na sua escala, a **segurança** que consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício e cumprimento.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 31-2. (grifo não constante no original).

<sup>174</sup> “Esse pacto expresso ou tácito chamado de *paz comercial*, em Paul Rehme denominado de *paz do mercado* e em outros autores, indica-se a formação de zonas francas.” ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p. 13.

<sup>175</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 364.

<sup>176</sup> *Op. cit.* p. 364.

<sup>177</sup> [ ] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, *caput* e mais setenta e oito incisos. Os Direitos Sociais estão topologicamente inseridos no Título II, denominado *DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS*, donde possam, por eficácia da norma, serem tidos como Fundamentais, ressaltando-se o inciso XXXII - *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*.

sistema jurídico pátrio que neste Estado Democrático se deva assegurar o *bem-estar* da população<sup>178</sup> em âmbito nacional, como ulula a Constituição da República Federativa<sup>179</sup>.

Infere-se ser assente na comunidade jurídica de intérpretes que o Direito das Obrigações toma por fulcro as manifestações da vontade como sua fonte genésica, de tal sorte que o conteúdo das obrigações daí instituídas obrigue à prestação pelas partes contratantes das quais concretamente emanaram<sup>180</sup>, o que se sintetiza no apotegma *pacta sunt servanda* e o da “liberdade de contratar”<sup>181</sup>. Propugna-se que mais relevante do que o balizamento advindo da incidência da *norma de ordem pública*, dos *bons costumes*, da *onerosidade excessiva*, da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, será o efeito da bitola oriunda do estágio não-ideal no qual os convenientes não estejam em situação de equipolência. Não situando-se as partes em um equilibrado estado isonômico, não se implementa o exigido nexos causal pela Autonomia da Vontade com a **liberdade**, o que autoriza dizer que não existe a moldura do contrato. Não há contrato, é um *nihil* que nada produz, o que se sentencia em razão da ausência do pilar sistêmico consubstanciado na igualdade das partes.

### 3. CONSUMO.

Nesta quadra do neoliberalismo econômico<sup>182</sup> imbricado na globalização<sup>183</sup>, é irresistível não lembrar a dicção do seminal Adam Smith sobre a origem e a utilidade da moeda, por derivação do *consumo*, ou seja, na propulsão humana à troca:

---

<sup>178</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 219, *caput*: “*O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.*” (grifo não constante no original).

<sup>179</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Preâmbulo; art. 23, parágrafo único; art. 186, IV; art. 93; art. 219; art. 230.

<sup>180</sup> [ ] O princípio da equivalência ou equipolência das prestações recíprocas deriva da pretensão de que “deve haver uma certa justiça comutativa entre as duas prestações contratuais”, ou seja, da comutatividade; e a bilateralidade, ou sinalagma, se opera quando “as partes se obrigam reciprocamente uma com a outra”. MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Ltr, 1982. p. 214.

<sup>181</sup> Código Civil, art. 421: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

<sup>182</sup> “ (...) diz respeito à doutrina político-econômica mais geral, formulada, logo após a Segunda Guerra Mundial, por Hayek e Friedman, entre outros — a partir da crítica ao Estado de Bem-Estar Social e ao socialismo e através de uma atualização regressiva do liberalismo (Anderson, 1995).” FILGUEIRAS, Luiz. *O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico*. Revista Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. ISBN: 987-1183-56-9. Disponível: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/basua/C05Filgueiras.pdf>>. Acesso em: 03/02/2020.

<sup>183</sup> “Utilizo o conceito ‘globalização’ para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais.” HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional. Ensaios Políticos*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Tradução de *The Post-National Constellation: Political Essays*. p. 84. [ ] Por seu turno, Stiglitz caracteriza a globalização: “A nova economia também tem sido marcada pela globalização, maior integração entre os mercados de capitais, mão de obra e produtos, um fluxo mais livre de ideias e conhecimento, como resultado de inovações tecnológicas que reduziram os custos de transporte e comunicação e de mudanças nas políticas globais que derrubaram barreiras criadas pelo homem. Essas mudanças tiveram impacto sobre a estrutura geral da economia e sobre o desempenho macroeconômico.” STIGLITZ, Joseph E; GREENWALD, Bruce. *Rumo a um Novo paradigma em Economia Monetária*. São Paulo: Francis, 2004. p. 385.



Uma vez que a divisão do trabalho se tenha estabelecido completamente, só uma parte muito pequena das necessidades de cada pessoa será suprida pelo produto de seu próprio trabalho. De longe a maior parte dessas necessidades terá de ser satisfeita graças à troca da parte do produto do trabalho de cada um que excede o seu próprio consumo, por aquelas parcelas do produto do trabalho dos outros homens de que ele necessita. Assim, todos os homens vivem da troca, tornando-se, até certo ponto, mercadores, e a própria sociedade se vai transformando numa verdadeira sociedade mercantil.<sup>184</sup>

Identifica-se, hoje, a sucessão deste *homo smithiano* pelo *homo economicus*<sup>185</sup>. Na dicção de Róber Iturriet Avila, durante “o avanço da ciência econômica, houve uma quebra em que as questões morais foram afastando-se de seu escopo de estudo”<sup>186</sup>. Adam Smith sustentava que “a motivação econômica, o desejo de obter riqueza” dos homens, — que seria o egoísmo —, era balizada “por aspectos morais”<sup>187</sup>. Não obstante, sob Stuart Mill se “afastou definitivamente a economia do que chamou de ‘moral’”<sup>188</sup>. Por conseguinte, e em razão do individualismo metodológico, sob o escólio do utilitarismo e pela dimensão do positivismo, “que prefere não averiguar se o comportamento humano é correto ou não”<sup>189</sup>, concebeu-se o *homo economicus*, “mais autocentrado e mais despreocupado com os demais do que o homem smithiano.”<sup>190</sup>

A Revolução Industrial, como sustenta Marcos Dessaune, propiciou aos membros da sociedade pós-industrial um “poder libertador”, nascido da sua exoneração, no exercício do papel de consumidor, dos seus “recursos produtivos que ele utilizaria para uso próprio” em razão da entrega pelo fornecedor de “um produto ou serviço”<sup>191</sup>, possibilitando “que ele empregue o seu tempo e suas competências liberadas em outras atividades de sua livre escolha e preferência.”<sup>192</sup> Por conseguinte, Dessaune conceitua que o “consumo pode ser considerado produção negativa. Sob tal visão, pode-se então concluir que *consumo é a fruição de utilidades ou o gozo de benefícios.*”<sup>193</sup> Ademais, sob o atual signo da Pós-

---

<sup>184</sup> SMITH, Adam. *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Traduzido por Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. 2ª edição. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Traduzido da 6ª edição de *An Inquiry Into the Nature and Causes of THE WEALTH OF NATIONS*, 1950. p.107.

<sup>185</sup> [ ] O conceito resulta da análise de Stuart Mill, embora a locução *homo economicus* não houvesse sido cunhada por ele.

<sup>186</sup> AVILA, Róber Iturriet. *Construção do Homo Economicus e a Sua Necessária Desconstrução*. Artigo. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 309-336, dez. 2014. ISSN-1980-2668. Disponível: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2614/3511>>. Acesso em: 02/02/2020. p. 332.

<sup>187</sup> *Op. cit.* p. 332.

<sup>188</sup> *Op. cit.* p. 332.

<sup>189</sup> *Op. cit.* p. 332.

<sup>190</sup> “O homem ficou, sob o aspecto teórico, mais egoísta e foi despreocupando-se dos demais agentes da sociedade. Ele passa de independente a autocentrado, de autocentrado a isolado, de isolado a egoísta, de egoísta a amoral e, finalmente, de amoral a imoral.” AVILA, Róber Iturriet. *Construção do Homo Economicus e a Sua Necessária Desconstrução*. Artigo. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 309-336, dez. 2014. ISSN-1980-2668. Disponível: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2614/3511>>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>191</sup> DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada*. 2ª edição. Vitória, ES: [s.n.], 2017. p. 54-5.

<sup>192</sup> *Op. cit.* p. 54-5.

<sup>193</sup> DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada*. 2ª edição. Vitória, ES: [s.n.], 2017. p. 55.

modernidade, a “dinâmica acelerada transforma o consumo numa velocidade nunca antes vivenciada”, pois “tudo é descartável”<sup>194</sup>.

Atraindo-se o *consumo* para a Ciência do Direito, aloca-se o tema na sede no Direito das Obrigações, e a partir daí no grau contratual, em especial na categoria das relações jurídicas materiais que se estabelecem na dimensão da concretude da Autonomia da Vontade. Aquela relação jurídica cujo objeto entabulado consista em obrigação de consumo é definida, por abalizada Doutrina, como o “vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica denominada consumidor adquire ou utiliza produto ou serviço de uma outra pessoa denominado consumidor”<sup>195</sup>. O ordenamento jurídico positivou a matéria, a partir e sobre assento constitucional, nos dispostos no IV e no VIII do artigo 24 e no §5º do artigo 150 e no V do artigo 170, sob a significativa epígrafe *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e infraconstitucionalmente pela Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990; pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997; pelo Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013; pelo Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008 e pelo Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006, *et caetera*. Ademais, não se olvide as Recomendações emitidas pela Organização das Nações Unidas -ONU informadoras do Direito do Consumidor.<sup>196</sup>

#### 4. SUBSISTEMA OU MICROSSISTEMA CONSUMERISTA.

Como ponto isagoge, ressalte-se ser assente nas Ciências Sociais que o sistema jurídico seja um subsistema do sistema social<sup>197</sup>. No dizer de Niklas Luhmann<sup>198</sup>, diversamente da Sociologia do Direito que “demonstra sua relação com sociologia” e “aplica

---

<sup>194</sup> LEITE, Gisele. *Você É Pós Moderno?* Disponível:<<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj044463.pdf/consult/cj044463.pdf>>. Acesso em: 20/02/2020.

<sup>195</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 31.

<sup>196</sup> Conferencia de Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. Naciones Unidas. *Diretrizes Para La Protección Del Consumidor*. Nueva York y Ginebra, 2016. “As diretrizes foram aprovadas pela primeira vez pela Assembleia Geral na Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, posteriormente ampliadas pelo Conselho Econômico e Social na Resolução E/1999/INF/2/Add.2, de 26 de julho de 1999, e recentemente revisadas pela Assembleia Geral na Resolução 70/186 de 22 de dezembro de 2015.” Disponível:<[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1_es.pdf)>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>197</sup> “... o sistema social desenvolve subsistemas com funções específicas, como é o caso do Direito.” “Como um subsistema funcional da sociedade, o Direito também é compreendido como um sistema autopoietico.” SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. *O Sistema Jurídico Em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças*. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA nº 4 – jul./set. 2008. p. 198. Disponível:<<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/517/153>>. Acesso em: 01/02/2020.

<sup>198</sup> “Embora Maturana e Varela deixem essa questão em aberto em sua obra original, outros autores afirmaram que uma rede social autopoietica *pode* ser definida se a descrição de sistemas sociais humanos permanecer inteiramente dentro do domínio social. Essa escola de pensamento foi introduzida na Alemanha pelo sociólogo Niklas Luhmann, que desenvolveu o conceito de autopoiese social com detalhes consideráveis. O ponto central da visão de Luhmann consiste em identificar os processos sociais da rede autopoietica como processos de comunicação. Os sistemas sociais usam a comunicação como seu modo particular de reprodução autopoietica.” CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A Visão Sistêmica da Vida: Uma Concepção unificada e Suas Implicações Filosóficas, Políticas, Sociais e Econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 380-81.

teorias sociológicas ao direito”, “temos como ponto de partida que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social”.<sup>199</sup> Para ele, “a sociedade não é simplesmente ambiente para o sistema legal”<sup>200</sup>, mas apenas em parte. Não obstante, neste breve e limitado apanhado<sup>201</sup>, contextualizar-se-á o Direito como sendo constituído em um sistema jurídico<sup>202</sup>, ou seja, Ciência Jurídica, e não um subsistema. Nesta toada, lembre-se a diferenciação elucidativa de Maria José Esteves de Vasconcellos:

Outra forma comum de se referir a essa relação ente todos e partes tem sido por meio dos conceitos de *subsistema* e *suprassistema*. Um sistema é então um subsistema em relação ao nível hierárquico imediatamente superior — por exemplo, uma célula em relação ao organismo ou órgão de que faz parte — ou um suprassistema em relação ao nível hierárquico imediatamente inferior — por exemplo, a mesma célula em relação aos elementos de que se constitui, núcleo, membrana e citoplasma. Costuma-se, então, dizer que a natureza se constitui de sistemas dentro de sistemas ou de *sistemas* de *sistemas*.<sup>203</sup>

Sem nenhuma pretensão de aprofundamento, mas apenas como um termo *a quo* de apoio seminal para o raciocínio, socorre-se de Niklas Luhmann, com suas ideias basilares de diferenciação entre *ambiente* e *sistema* e assim como da *complexidade* do *sistema* propiciando sua decomposição hierárquica em *subsistemas*. Neste diapasão:

Cada aumento de complexidade dum sistema pode ser designado como diferenciação em geral mediante a criação dum subsistema. Existe uma diferenciação funcional quando os sistemas não são comparados como unidades semelhantes, mas se referem a funções específicas e estão então ligados uns aos outros. As vantagens de aumento de rendimento da diferenciação funcional são evidentes.<sup>204</sup>

Niklas Luhmann elucidada que a “totalidade sistêmica” permite a “autosseleção do subsistema”, mas, “quando subsistemas se formam, têm início processos de adaptação, porque, para tudo o que não é diferenciado como novo tipo de subsistema, surge um novo tipo de ambiente”<sup>205</sup>. A diferenciação sistêmica, no caso particular da hierarquização, é “um

---

<sup>199</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Traduzido de *das Recht der Gesellschaft*. p.44.

<sup>200</sup> *Op. cit.* p.74.

<sup>201</sup> [ ] Suplica-se, aqui, condescendência com este acanhado resumo sob a “advertência de não pedir a essa obra o que ela não pode pretender oferecer”, copiando as palavras de Mario Losano. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume 2: O século XX*. Traduzido por Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto, vol II: il novecento*. p. 293.

<sup>202</sup> “A metáfora clássica do sistema jurídico é mecanicista e se refere a uma máquina que se opera segundo regras precisas para produzir determinado bem: portanto, na máquina jurídica, quanto mais precisas e detalhadas são as regras, melhor é o produto final”. LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume 3: Do século XX a pós-modernidade*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto, vol III: Dal Novecento Ala Postmodernità*. p. 74.

<sup>203</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O Novo Paradigma da Ciência*. Campinas -SP: Papirus, 2018. p. 205.

<sup>204</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Traduzido por Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Traduzido de *Legitimation durch Verfahren*. p.195.

<sup>205</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de Uma Teoria Geral*. Traduzido por Antonio C. Luz Costa et alli. Petrópolis: Vozes. 2016. Traduzido de *Soziale Systeme – Grundriss einer allgemeinen Theorie*. p. 216.

tipo de autossimplificação das diferenciações possíveis para o sistema”, pois “facilita a observação do sistema (inclusive da análise científica).”<sup>206</sup>

Por seu turno, Claus Wilhelm Canaris, depois de tomar como pressupostos “teorético-científicos e hermenêuticos” as noções de *adequação valorativa* e da *unidade interna* ou *ordem interior* ou *ordenação* como emanações e postulados da própria ideia de Direito, define *sistema jurídico* como sendo uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, sobressaindo especificamente o postulado da justiça que se consubstancia no *princípio da igualdade*, isto é, “tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença.”<sup>207</sup> Não obstante, não se pode empregar todos os princípios como gerais no sistema jurídico, porém, alguns deles, que tenham sido preteridos neste contexto, são relevantes na constituição de *subsistemas* como seus “princípios ‘gerais’ autônomos”.<sup>208</sup>

A noção de subsistema extrema-se em importância em face da primeira compreensão do Direito do Consumidor emitida pela comunidade jurídica de intérpretes como sendo um microsistema.

Em razão da complexidade, Plínio Lacerda Martins considera que “o CDC não é uma simples norma jurídica e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além de direito instrumental”, estabelecendo-se nesta sede sistêmica as relações entre os elementos do Direito<sup>209</sup>. Com arrimo em Néelson Nery, aponta que “a tendência hoje é pela elaboração de microsistemas que atendam determinada situação jurídica”<sup>210</sup> repelindo a “incidência das normas gerais do Código Civil, do Código Comercial e de outros sistemas.”<sup>211</sup>

Por seu turno, partindo da premissa que se a norma positivada se estrutura e tem feição de um código será conseguintemente um sistema, Claudia Lima Marques classifica a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 como tal, posto ser “um todo construído e lógico, um conjunto de normas ordenado segundo princípios”<sup>212</sup>. Sucessivamente, Claudia Lima Marques, em razão de se tratar de um “pequeno sistema”<sup>213</sup>, arrima-se no escólio de Natalino Irti para alcunhar o Código de Defesa do Consumidor de *microsistema*. Segundo ela, foi Natalino Irti quem introduziu o vocábulo microdificação ou microcódigo para designar os

---

<sup>206</sup> *Op. Cit.* p. 37.

<sup>207</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antônio Menezes Cordeiro. 4ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 75.

<sup>208</sup> *Op. cit.* p. 79.

<sup>209</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p.11.

<sup>210</sup> *Op. cit.* p.11.

<sup>211</sup> *Op. cit.* p.11.

<sup>212</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.

<sup>213</sup> *Op. cit.* p. 45.

novos Códigos do final do século XX, contrapondo-se aos Códigos anteriores que almejavam herculeamente a completude no tratamento totalizante de uma matéria.

Como historia Flávio Tartuce, ao tempo do Código Civil de 1916 a codificação consumerista “se constituiria um microssistema jurídico autoaplicável e autossuficiente, totalmente isolado das demais normas.”<sup>214</sup> Sintetizando, Edson Alvisi classifica que o “Código de Defesa e Proteção do Consumidor caracterizou-se como um micro sistema de regulação, interdisciplinar, preventivo e repressivo.”<sup>215</sup> Não obstante, para Flávio Tartuce tal noção foi “superada”<sup>216</sup> quando do ingresso no ordenamento jurídico pátrio do Código Civil de 2002, o que aqui se infere ser mais consentâneo à contextualização conceitual de *sistema* perfilhada pela Doutrina antes eleita, donde se propõe — audaciosamente — entender o Direito do Consumidor como um subsistema, e não como um microssistema.

## 5. A PÓS-MODERNIDADE.

Aspecto que não se pode olvidar, nesta quadra de profusão legislativa, — a Era dos Direitos como cunhou Norberto Bobbio<sup>217</sup> —, é a contextualização do período civilizatório pelo qual se perpassa, ajudando na compreensão do Direito do Consumidor, seu produto exemplar da quebra paradigmática dos dogmas bradados no Direito Civil, como aquele contido no vetusto apotegma do *pacta sunt servanda*, substrato das idílicas declarações de vontade livres e desembargadas. A Doutrina majoritária denomina esse “contexto sócio-histórico” como Pós-modernidade<sup>218</sup>, no qual se apura o “esgotamento dos paradigmas” da Modernidade, não gozando, porém, da unanimidade, seja quanto ao vocábulo, seja quanto ao seu uso, a sua concepção, as suas reações e seja quanto as suas interpretações, conforme observa Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>219</sup>. Exemplificando, Ulrich Beck nomeia este fenômeno como “Modernidade Reflexiva”, Georges Balandier como “Supermodernidade”<sup>220</sup> e Zygmunt Bauman de “modernidade líquida”. Como espirituosamente sentencia Eduardo

---

<sup>214</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017. p. 16

<sup>215</sup> ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017. p. 31.

<sup>216</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017. p. 16.

<sup>217</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>218</sup> “O termo primeiramente apareceu com Federico de Onís (em sua *Antologia de la poesia Española e hispanoamericana*, 1934) e, em Arnold J. Toynbee (*A Study of History*, 1934) para indicar, no primeiro caso, corrente política que reage aos excessos do modernismo literário, e no segundo caso, à nova fase histórica da civilização ocidental, iniciada a partir de 1875 com o imperialismo do final de século.” LEITE, Gisele. *Você É Pós Moderno?* Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj044463.pdf/consult/cj044463.pdf>>. Acesso em: 20/02/2020.

<sup>219</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dez. 2008. Disponível: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&scioq=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+&q=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+Revisita+Sequ%C3%Aancia&btnG=>](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&scioq=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+&q=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+Revisita+Sequ%C3%Aancia&btnG=>)>. Acesso em: 10/02/2020.

<sup>220</sup> *Op. cit.*

Bittar: “O curioso é perceber que é esta já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos.”<sup>221</sup>

Lembrando que fora Nietzsche quem abriu “o caminho para o pós-modernismo” e ressaltando que as teses do Pós-modernismo “são saudadas como conquistas positivas como aceno de maturidade intelectual e existencial do homem contemporâneo”, não podendo “ser reduzidas por mera inversão dialética do modernismo”<sup>222</sup>, Gisele Leite indigita o conjunto das ideias alternativas dos pós-modernos:

- 1) desconfiança dos macrossaberes conglobadores e legitimadores;
- 2) proposta de formas “fracas” (Vattimo) e instáveis (Lyotard) de racionalidade, baseadas na convicção de que não existem fundamentos últimos imutáveis;
- 3) rejeição à ênfase no “novo” e na categoria vanguardista de “superação”;
- 4) renúncia a conceber a história nos moldes de um processo universal capaz de funcionar como plataforma e garantia da humanidade em rumo da emancipação e ao progresso;
- 5) passagem do paradigma da unidade ao da multiplicidade, ou seja, tese da heteromorfia dos jogos linguísticos (Lyotard) e do fato de “o mundo não é um, mas muitos”(Vattimo);
- 6) adesão à ética do pluralismo e da tolerância coadunada com bases estruturais de uma sociedade “complexa”.<sup>223</sup>

A Pós-modernidade, que “quer significar o que vem depois do modernismo”<sup>224</sup>, também é uma reação à ele, influenciando o comportamento social, no qual se elege como um “marco do pensamento pós-moderno” — no dizer de David Harvey<sup>225</sup> —, a “fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) ‘totalizantes’”. Conseqüentemente “à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um *direito pós-moderno*.”<sup>226</sup> Para Jacques Chevallier daí resulta que o “paradigma pós-positivista impõe uma possibilidade de se repensar os parâmetros em que se decidem as questões jurídicas.”<sup>227</sup>

Em delimitação temporal Mario Losano baliza que “a época que se convencionou definir como pós-moderna” conta-se da “segunda metade do século XX até hoje”.<sup>228</sup> Entrementes, Elizabete Olinda Guerra socorre-se de Carl Schmitt para definir que a anterior “‘Modernidade’ compreende o espaço de tempo que vai desde a transição da Idade Média à Idade Moderna até o período que se seguiu à Primeira Guerra Mundial e a ‘Modernidade’

---

<sup>221</sup> *Op. cit.*

<sup>222</sup> LEITE, Gisele. *Você É Pós Moderno?* Disponível:<<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj044463.pdf/consult/cj044463.pdf>>. Acesso em: 20/02/2020.

<sup>223</sup> *Op. cit.*

<sup>224</sup> *Op. cit.*

<sup>225</sup> HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993. p. 19.

<sup>226</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 115.

<sup>227</sup> *Op.cit.* p. 116.

<sup>228</sup> LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume III: Do século XX a pós-modernidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Prefácio. p. XV.

presente nas reflexões de Hannah Arendt representa, quase sempre, o contexto pós-Segunda Guerra Mundial...”.<sup>229</sup> Por seu turno, Ernildo Stein elucubra que a pós-modernidade é um “período transitório” cuja expressão não compreende “todos os elementos que poderíamos colocar numa expressão que quisesse descrever esse termo de passagem.”<sup>230</sup>

Por sua vez, Claudia Lima Marques, com apoio no seminal Erik Jayme<sup>231</sup>, indigita como sendo características da pós-modernidade a “pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do ‘droit à la différence’ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros)”<sup>232</sup>.

Na metáfora de Ricardo Lorenzetti, vive-se um *Big Bang legislativo* no bojo de uma *era de desordem*,<sup>233</sup> ao que Flávio Tartuci, com igual verve, adjectiva de “tempestade de complexidade”.<sup>234</sup> Por seu turno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto agregou a *racionalidade* à Pós-modernidade, antes apurada na Modernidade, como também a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*.<sup>235</sup> Dentro desta dimensão, o intemorato doutrinador propugna transcender a submissão do Estado aos limites do *princípio da legalidade*, entendido aqui como mera produção legislativa<sup>236</sup>.

Desta franciscana colheita doutrinária permite-se extrair, — em acacianismo —, que a Pós-modernidade é concebida como um fenômeno propriamente pós-moderno: todos a concebem como caprichosa e amorficamente a querem conceber. E, dentro do que aqui nos interessa, o “Código de Defesa do Consumidor figura como norma jurídica pós-moderna”<sup>237</sup>.

---

<sup>229</sup> GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: Olhares Críticos Sobre a Política na Modernidade*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 19.

<sup>230</sup> STEIN, Ernildo. *Órfãos de Utopia: a Melancolia da Esquerda*. Ijuí, RS: Unijuí, 2015. p. 52.

<sup>231</sup> [ ] Professor da Universidade de Helderberg.

<sup>232</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e O Código Civil de 2002*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019.

<sup>233</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Apud TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017. p. 17.

<sup>234</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017. p. 17.

<sup>235</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

<sup>236</sup> *Op. cit.* p. 76.

<sup>237</sup> LAURO, Rogério Gomes de; AMARAL, Shirlena Campos de Souza; LIMA, Nathani Siqueira; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. *O Código de Defesa do Consumidor no Contexto do Ordenamento Jurídico Brasileiro e A Teoria do Diálogo das Fontes*. InterSciencePlace - Revista Científica Internacional, n° 2, volume 10, artigo n° 5, Abril/Junho, 2015. p. 91.

## 6. O DIÁLOGO DAS FONTES.

“Em um ordenamento jurídico podem existir normas contraditórias? Se a resposta for afirmativa, existem meios para resolver essa contradição?”<sup>238</sup> indaga retoricamente Mario Losano, que erige o *princípio da coerência* a um “problema jurídico fundamental” no bojo da teoria do sistema externo. Na esteira de Norberto Bobbio, Losano distingue o sistema dedutivo geral do sistema jurídico, a partir das consequências resultantes da contradição, que, no primeiro, implicam no desabamento de todo o sistema, enquanto no sistema jurídico “será apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de duas.”<sup>239</sup> Ademais, Losano elege que, ao lado da completude, da coerência, da independência, da necessidade da certeza do Direito, da distinção entre proposições prescritivas das descritivas, a antinomia também é um principal problema da Ciência Jurídica.<sup>240</sup> No desenvolvimento narrativo de sua percuciente doutrina, Mario Losano absorve a visão sistematizante do direito como *concentração lógica* e como *construção jurídica* propostas por Rudolf Von Jhering para lembrar que, quanto a segunda concepção, rege a exigibilidade da coincidência da construção com o material positivo, como também que a construção não deve ser contraditória, imperando o princípio da “lei da unidade sistemática” e a lei da *beleza jurídica*.<sup>241</sup> Por conseguinte, identifica-se parcialmente o princípio da não-contradição “com a lei da coincidência com o material positivo: uma construção não deve ser contraditória na mesma medida em que não é contraditório o material por ela construído.”<sup>242</sup> Norberto Bobbio adjetiva como sendo uma “tradicional dificuldade” a “situação de normas incompatíveis entre si”, pois o “*direito não tolera antinomias*”,<sup>243</sup> ou seja, “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e com o mesmo âmbito de validade.”<sup>244</sup> Por tautologia: é “aquela situação em que são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.” Assim, exige-se o implemento de duas condições, a saber, as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico e as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, graduada esta última em quatro espectros, ou seja, da validade temporal, da validade espacial, da validade pessoal e da validade material.<sup>245</sup> O critério para resolver a antinomia, depois de determiná-la, sensibiliza Bobbio, que erige regras elaboradas

---

<sup>238</sup> LOSANO, Mário G. *Sistema e Estrutura no Direito. Volume 1: Das Origens à Escola Histórica*. Traduzido por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto*. p.252.

<sup>239</sup> *Op. cit.* p. 252.

<sup>240</sup> *Op. cit.* p. 267.

<sup>241</sup> *Op. cit.* p. 370.

<sup>242</sup> *Op. cit.* p. 371.

<sup>243</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins fontes, 2008. Tradução de *Teoria Generale del Diritto*. p. 228.

<sup>244</sup> *Op. cit.* p. 234.

<sup>245</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins fontes, 2008. Tradução de *Teoria Generale del Diritto*. p. 234.



a partir da jurisprudência, mas que seriam incompletas, de tal sorte que existem *antinomias solúveis*, que são aparentes e as *insolúveis*, que são as *reais*. Assim, na sua concepção são três os critérios para a solução das antinomias, a saber, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.<sup>246</sup>

Na situação de um conflito aparente de normas ou textos legais integrantes de subsistemas diversos, a Doutrina impunha a regra da ab-rogação: “Se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado.”<sup>247</sup> Não obstante, esta solução binária e cronológica<sup>248</sup> não é consentânea aos tempos da Pós-modernidade, onde campeia o esfacelamento da pretensão de completude dos grandes códigos, a dita descodificação,<sup>249</sup> acrescida da força reflexa da constitucionalização do Direito Civil. Agregue-se a esta quadra a natureza do Direito do Consumidor como um “direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social econômico positivado na Constituição brasileira (art. 5, XXXII).”<sup>250</sup>

A ideia de fases geracionais ou dimensões dos direitos humanos foi desenvolvida por Norberto Bobbio a partir da proposta classificatória de Karel Vasak<sup>251</sup>, sob inspiração das bandeiras da Revolução Francesa. O substrato subjacente é que os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, são “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesas de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”<sup>252</sup> Na classificação de Gisele Leite o Código de Defesa do Consumidor “se refere à terceira geração, era ou dimensão de direitos”, sendo

---

<sup>246</sup> *Op. cit.* p. 238.

<sup>247</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 358. [ ] A clássica obra sempiterna data de 1924.

<sup>248</sup> *Lex posterior derogat priori*. [ ] Vale ressaltar, na esteira de Carlos Maximiliano, que o preceito não é absoluto: “Se em um mesmo trecho existe uma parte conciliável e outra não, continua em vigor a primeira”, donde, *leges posteriores ad priores pertinent*. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 358. [ ] Neste sentido é o disposto no artigo 2.043 do Código Civil de 2020: “Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.” Também é o disposto no artigo 2º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. *Omissis*.”

<sup>249</sup> “A expressão ‘era da descodificação’ constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti (*L’età della decodificazione*), na qual previa o fim das codificações que marcaram os séculos XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado.” MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

<sup>250</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

<sup>251</sup> “... seu primeiro idealizador.” DIAS, Norton Maldonado; MACHADO, Edinilson Donisete. *Da crítica no pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos fundamentais e a teoria das dimensões dos direitos*. Revista Ius Gentium. Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 205-223, jul./dez. 2017. ISSN 2237-4965. Disponível: < <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/344/278>>. Acesso em: 05/02/2020.

<sup>252</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

cinco as gerações, a saber, “A primeira geração: princípio da liberdade; A segunda geração: princípio da igualdade; A terceira geração: princípio da fraternidade (pacificação social) onde se enquadra o CDC; A quarta geração: Proteção ao patrimônio genético; A quinta geração: Proteção dos direitos do mundo digital.”<sup>253</sup>

Nesse novo caminho a percorrer Claudia Lima Marques encontrou em Erick Jayme<sup>254</sup> o método hermenêutico do *Diálogo das Fontes*, por ele mesmo definido:

O ‘diálogo das fontes’ significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente as vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos.<sup>255</sup>

No dizer de Guilherme Magalhães Martins, a teoria do Diálogo das Fontes é uma “alternativa aos critérios tradicionais de solução de antinomia (especialidade, anterioridade, superioridade)”<sup>256</sup> Ademais, erige as “bases de uma coordenação das fontes normativas” pertinentes à cada distinta relação jurídica, respectivamente regulada pelo Código Civil — entre iguais — ou pelo Código de Defesa do Consumidor — entre desiguais. Aqui reside o busfili: o primado do tratamento isonômico, uma exigência sistêmica para a ascensão do Direito ao patamar racional de Ciência, como já visto em Claus Wilhelm Canaris. Como apura Plínio Lacerda, a “isonomia vai sustentar, justamente, a desigualdade no tratamento, buscando, na essência, a aproximação da igualdade.”<sup>257</sup> Afastando desinteligências, já que “se procura a igualdade em vez de se fomentar a desigualdade”, Plínio Lacerda pontifica que, em verdade, “o tratamento é que deve ser igual no limite em que as partes se desigualem e no sentido de se igualar na diferença”.<sup>258</sup> A vulnerabilidade do consumidor, “a parte mais fraca na relação negocial”, é a “espinha dorsal” da sua proteção, comprovada por seus “sinais de fragilidade e de impotência diante do poder econômico”<sup>259</sup> e se emoldura como o “exercício pleno da própria cidadania”<sup>260</sup>, o que se identifica como um constitucional Direito

---

<sup>253</sup> LEITE Gisele. *Direito do Consumidor No Século Dos Novos Direitos*. Disponível: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/112185247/direito-do-consumidor-no-seculo-dos-novos-direitos>>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>254</sup> “... expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recuel de Cours*, 251, p. 239).” MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

<sup>255</sup> *Entrevista Com O Professor Erik Jayme*. Gustavo Tepedino. Seção: *Diálogo com a Doutrina*. Tradução por Claudia Lima Marques. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000. p. 289-293. Disponível: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43484>>. Acesso em: 02/01/2020.

<sup>256</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil do Segurador. Diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 79. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.

<sup>257</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p.19.

<sup>258</sup> *Op. cit.* p. 19.

<sup>259</sup> *Op. cit.* p. 19.

<sup>260</sup> *Op. cit.* p. 20.

Fundamental.<sup>261</sup> Neste diapasão, Flávio Tartuce fala em se “permitir maior mobilidade e fineza de distinção” ao se “tratar diferentemente os diferentes”, posto que atualmente “a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas.”<sup>262</sup> Trata-se, aqui, do primado da “proteção do desigual concedida pelo CDC” sobre o “paradigma da boa-fé nas relações entre iguais”<sup>263</sup> agregado ao dever qualificado do fornecedor em informar o consumidor.

Identificado assim o primado da exigibilidade do igual tratamento entre iguais e desigualmente entre diferentes, o particularismo deste método hermenêutico avultou diante da promulgação do Código Civil de 2002. A tanto se reconhece a problemática em razão de que o Código de Defesa do Consumidor fora editado em 1990, quando ainda vigia o Código Civil de 1916, e mais, — o então recente Código Civil de 2002 fora “projetado durante a ditadura militar brasileira”<sup>264</sup> —, a par da supremacia principiológica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre os dois códigos. Acresça-se que o Código Civil de 2020 “unifica as obrigações civis e empresariais, as relações privadas entre ‘iguais’, sem porém, regular as relações entre consumidores e fornecedores (as relações entre diferentes), {donde} opta o Brasil por criar um direito privado *sui generis*”<sup>265</sup>. Neste contexto, Claudia Lima Marques, depois de advogar o rechaço à antinomia “pela correta aplicação de duas normas no caso concreto”<sup>266</sup> no escopo de se evitar a “retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não coerência’ do sistema plural brasileiro”<sup>267</sup>, deixando desprotegidos os mais fracos, classifica “três tipos de diálogos possíveis entre o CDC e o CC/2002”.<sup>268</sup>

Para ela há o *diálogo de coerência*, quando uma norma é empa conceitual para outra norma, em concomitante aplicação à mesma questão. O segundo tipo é o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais, caracterizado

---

<sup>261</sup> “Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social econômico positivado na Constituição brasileira (art. 5, XXXII).” MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.90.

<sup>262</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017. p. 17.

<sup>263</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

<sup>264</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e O Código Civil de 2002*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019. p. 134.

<sup>265</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

<sup>266</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e O Código Civil de 2002*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019. p. 156-57.

<sup>267</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e O Código Civil de 2002*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019. p. 157.

<sup>268</sup> *Op. cit.* p. 156.

pelo uso concreto e complementar de uma norma à outra que não é repelida. Aqui se manuseiam os princípios desposados em uma das normas se houver compatibilidade com os fundamentos de cada sistema e no que for necessário ou subsidiariamente. Por derradeiro, há o *diálogo de coordenação e aplicação sistemática* ou *diálogo das influências recíprocas sistemáticas* pelo qual se admite uma “redefinição no campo de aplicação de uma lei”,<sup>269</sup> quando, concretamente, aceita-se “a transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da práxis do Direito do Consumidor para a interpretação e aplicação do Código Civil, seja na aplicação construtiva da boa-fé objetiva, ou no âmbito da responsabilidade civil”.<sup>270</sup> Neste diálogo de *double sens* Marques exemplifica a hipótese de se tratar de um *consumidor equiparado* relacionando-se no mesmo grau de autonomia privada com um fornecedor, ou seja, entre “dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores”,<sup>271</sup> quando “trata-se de relações empresariais típicas”,<sup>272</sup> o que deve sofrer “influências finalísticas do Código Civil”.<sup>273</sup>

Claudia Lima Marques também categoriza o diálogo entre leis especiais e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, o Código de Defesa do Consumidor tanto é uma lei geral como uma lei especial. Será uma lei especial, subjetivamente, quando tratar da relação que se estabelecer entre consumidor e fornecedor, mas será uma lei geral, material, quando é aplicável a “todas as relações, contratuais e extracontratuais, do sujeito consumidor no mercado de consumo”.<sup>274</sup> Os conflitos aparentes de lei ou as antinomias, eram tratados pelos métodos clássicos antes indigitados por Norberto Bobbio e, no Brasil, estão positivados como norma na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>275</sup>. Não obstante, as revogações tácitas da lei exigem “um exame muito atento do intérprete”<sup>276</sup> em razão do preceituado no disposto no §2º do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Como a regra a se seguir é o binário da ab-rogação, donde o intérprete/operator decide por uma ou por outra lei em conflito, seu papel avulta sobre o do legislador, já que “é o aplicador das leis que soluciona as aparentes contradições no sistema do direito”<sup>277</sup>. Em consequência, para Claudia Lima Marques neste ponto subjaz o método

---

<sup>269</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil do Segurador. Diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 79. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

<sup>270</sup> *Op. cit.* p. 129.

<sup>271</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

<sup>272</sup> *Op. cit.* p. 91.

<sup>273</sup> *Op. cit.* p. 91.

<sup>274</sup> *Op. cit.* p. 94.

<sup>275</sup> Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

<sup>276</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 95.

<sup>277</sup> *Op. cit.* p. 95.

do Diálogo das Fontes, que “já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea das leis, variando apenas a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a restabelecer a coerência no sistema”.<sup>278</sup>

O sucesso do método do Diálogo das Fontes é depositado no “grau de domínio que os aplicadores da lei conseguem alcançar, neste momento, sobre o sistema de coexistência do direito do consumidor, do direito civil e do direito empresarial ou comercial das obrigações”.<sup>279</sup> Dentro desta contextualização identifica-se que a proposição de Claudia Lima Marques acentue o exercício discricionário da jurisdição,<sup>280</sup> função do Estado Nacional, tanto pelas instituições da Justiça administrativa<sup>281</sup> como pelos órgãos judiciais<sup>282</sup> e também pelos órgãos de acusação e de persecução punitiva,<sup>283</sup> como se extrai da sua expectativa de que “a construção de um direito provado com função social está a depender do grau de domínio que os aplicadores da lei conseguem alcançar neste momento, sobre o sistema de coexistência de o direito do consumidor, do direito civil e do direito empresarial ou comercial das obrigações”.<sup>284</sup>

Pondera-se que o sistema judicial francês, do *civil law*, histórica e consensualmente perfilhado no Brasil, condicione coercitivamente o julgador — seja o judicial ou seja o administrativo,<sup>285</sup> a ser apenas a “boca da lei”<sup>286</sup> e a buscar idealmente a imparcialidade.<sup>287</sup> O traslado para os modelos hartianos<sup>288</sup> ou dworkianos do *juiz Hércules*,<sup>289</sup> à guisa de um

---

<sup>278</sup> *Op. cit.* p. 95.

<sup>279</sup> *Op. cit.* p. 89.

<sup>280</sup> [ ] Sob o escólio de Grinover, Dinamarco e Cintra, ousa-se conceituar jurisdição como sendo o poder-dever-atividade do exercício da função estatal, com caráter heterônomo e imparcial de atuar na resolução dos conflitos intersubjetivos de interesses e no escopo da paz social e com justiça. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. p. 131-41.

<sup>281</sup> “A expressão ‘contencioso administrativo’ se relaciona com as reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamentos de uma autoridade administrativa. A expressão ‘jurisdição administrativa’ serve para designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo, e ‘justiça administrativa’, aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional.” PERLINGEIRO, Ricardo. *A Justiça Administrativa Brasileira Comparada*. Revista CEJ. Brasília. Ano XVI, nº 57, maio/ago 2012. p. 6.

<sup>282</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 92.

<sup>283</sup> [ ] No Código de Defesa do Consumidor há previsão de tipos penais nos dispostos nos artigos 61 a 80; a par da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular, o que atrai a atuação do Ministério Público no papel de acusador.

<sup>284</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

<sup>285</sup> Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

<sup>286</sup> “...que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” (EL, XI, 6) – (“Mas os juizes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras.”) MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 175.

<sup>287</sup> “E o princípio do juiz natural, (...), assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais.” GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. p. 140.

<sup>288</sup> HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. Traduzido de *The Concept of Law*.

<sup>289</sup> DWORKIN Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. p. 404-24. [ ] Fábio Rodrigues Gomes também indigita paralelamente como outros dois modelos o

híbrido “*common law* à moda brasileira”,<sup>290</sup> impõe aprofundamento investigativo sobre o limite da discricionariedade admitido no atual sistema judiciário brasileiro,<sup>291</sup> exercida por aquele que ocupar o papel de julgador, seja em lides administrativas<sup>292</sup> ou judiciais, tanto na condução do processo por meio de despachos procedimentais como também na prolação de um provimento jurisdicional.

Infere-se que o adequado atrelamento às balizas principiológicas sistêmicas — em especial a proteção do hipossuficiente/vulnerável — sem mitigações ou indagações sobre a existência ou não de vulnerabilidade do consumidor, posto que erigida a uma presunção absoluta,<sup>293</sup> seja condição *sine qua non* para o exercício do método do Diálogo das Fontes. Na verdade, trata-se do vetusto enfrentamento do desafio de “aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo”.<sup>294</sup>

## 7. À GUIZA DE CONCLUSÃO.

Na dicção de Mario Losano há um dever dos membros da comunidade jurídica de intérpretes que vivem em uma sociedade instável não mais meditem sobre como transformar as regras em um sistema, mas sim em como “adaptar o sistema jurídico às rápidas mudanças sociais”.<sup>295</sup> Como é assente, o sistema aberto assimilará os novos elementos integrativos, de tal modo que se metamorfoseará em um novo sistema.

A partir desta mentalidade, importa ao jurista-operador-intérprete sensibilizar-se com a complexidade e a pluralidade da Pós-modernidade, que oblitera o ideal universal,

---

juiz Júpiter e o juiz Hermes, a partir de François Ost, optando, porém, por um quarto, o juiz Janus. GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores: Critérios de Identificação e Aplicação Prática*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 219-22. [ ] Para Adrian Sgairb “Hercules é um personagem fictício com o qual Dworkin, retoricamente, denomina um juiz-filosofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucionar-lo (para Dworkin a teoria jurídica corresponde a parte geral de toda decisão judicial).” (...) “Portanto, a tarefa de Hercules, para não incidir no problema de ‘criar direito’ como ocorre com os juizes do ‘Modelo das Regras’, é a de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade em apreço.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2ª ed. 2009. p. 163.

<sup>290</sup> “Todavia, na aplicação dos institutos do *common law*, à moda brasileira, faz-se uso, apenas daquilo que interessa, ao arbítrio do momento.” ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella. *A Mão Invisível das Delações: Ônus da Prova e Vedação da Prova Diabólica*. In *Comentários a um Acórdão Anunciado: O processo Lula no TRF 4*. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Organizadores). São Paulo: Outras Expressões, 2018. p. 110.

<sup>291</sup> [ ] Aponta-se e extrai-se do ordenamento legal nacional o disposto no IX do artigo 92 da República Federativa do Brasil, que exige que todas as decisões sejam fundamentadas e a Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

<sup>292</sup> Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*.

<sup>293</sup> Código Civil, art. 212, IV; Código de Processo Civil, art. 374, IV

<sup>294</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro De Coexistência Entre O Código De Defesa Do Consumidor E O Código Civil de 2002*. In *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019.

<sup>295</sup> LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume II: o século XX*. Traduzido por Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto, vol II: il novecento*. p. XXI.

totalizante, da codificação das normas jurídicas, propendendo para a profusão legislativa, à guisa de um *direito pós-moderno*, tudo sob o primado dos Direitos Humanos. Nesta linha, afigura-se identificar os *microssistemas* como sendo, na verdade, subsistemas que devam guardar consentaneidade e harmonia entre si, tudo pautado com a principiologia maior do sistema jurídico nacional. Trata-se, assim, de dar azo à exigência sistêmica da *unidade interior da ordem jurídica* e da *adequação valorativa*, nos moldes de Canaris, que não pode ser olvidada pelo Direito, acaso aspire à ser Ciência.

Assim, aspecto que avulta é identificar o alcance do substrato da Autonomia da Vontade no campo obrigacional consumerista, posto que balizado este pelo *princípio protetivo* maior do vulnerável-hipossuficiente, exercitado pelo cidadão no papel de consumidor em face do fornecedor em uma relação de consumo quando da emissão de manifestação volitiva. O *dirigismo contratual* é o instrumento heterônomo atuando no conteúdo da relação consumerista que deve traduzir o escopo protetivo, infenso à ameaça dos furacões liberais partejados da *Análise Econômica do Direito* ou *Consequencialismo* no bojo de um retorno anacrônico à plenitude do apotegma do *pacta sunt servanda*, tão aspirado pelo *homo economicus*.

Por conseguinte, o *Diálogo das Fontes* é o método hermenêutico, ou teoria, consentâneo à higidez sistêmica jurídica maior, posto que lhe preserve a principiologia revelada no texto constitucional, de dogmática supremacia no ordenamento jurídico, em face da solução das indesejadas antinomias nascidas quando da promulgação do Código Civil de 2002, transcendendo à mera ab-rogação de uma lei em face da outra.

Propugna-se que a subseqüente maior amplitude dada à discricionariedade judicial nesta sede dialogal deva ser balizada pelo primado dos Direitos Fundamentais, mitigando a abusividade da atividade judicante que olvidar o *princípio protetivo* quando da eleição concomitante das normas do subsistema do Código Civil e das normas do Código de Defesa do Consumidor na aplicação concreta à questão posta em lide.

## **Referências bibliográficas**

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: o Ato Administrativo e a Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras Linhas Sobre a Interdição Após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Traduzido de *Theorie der Grandrechte*.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Dirigismo Contratual nos Contratos de Saúde*. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 128 – Dezembro, 2012. Disponível:<

<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/738/438>>. Acesso em: 03/01/2020.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba-SP: Minelli, 2007.

ALVISI, Edson. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

AVILA, Róber Iturriet. *Construção do Homo Economicus e a Sua Necessária Desconstrução*. Artigo. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 309-336, dez. 2014. ISSN-1980-2668. Disponível:

<<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2614/3511>>. Acesso em: 02/02/2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dez. 2008. Disponível: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&scioq=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+&q=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+Revista+Sequ%C3%Aancia&btnG=>](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&scioq=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+&q=EDUARDO+CARLOS+BITTAR+Revista+Sequ%C3%Aancia&btnG=>)>. Acesso em: 10/02/2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Claudio de Cicco e Maria Celeste Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989. Traduzido de *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular*.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março 2015. *Código de Processo Civil*.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antônio Menezes Cordeiro. 4ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. Traduzido de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*.



CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

COASE, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 2ª edição, traduzido por Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, GEN, 2017. Traduzido de *The Firma, The Market, The Law*.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à Edição Portuguesa*. In *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. CANARIS, Claus-Wilhelm. 4ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. Traduzido de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*.

*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 01/08/2019.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Norton Maldonado; MACHADO, Edinilson Donisete. *Da crítica no pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos fundamentais e a teoria das dimensões dos direitos*. Revista Ius Gentium. Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 205-223, jul./dez. 2017. ISSN 2237-4965. Disponível:<<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/344/278>>. Acesso em: 05/02/2020.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada*. 2ª edição. Vitória, ES: [s.n.], 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: WMF Marins Fontes, 2010. 3ª edição, 4ª tiragem, 2016. Tradução de Nelson Boeira.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

FILGUEIRAS, Luiz. *O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico*. Revista Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. ISBN: 987-1183-56-9. Disponível:<

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/basua/C05Filgueiras.pdf>>. Acesso em: 03/02/2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALLEGO, Carla. *O Conceito de Vontade na Introdução da Filosofia do Direito de Hegel*. In *Dissertatio, Revista de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas – UFPel*. [27-28, 2008]. DOI: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V28I0.8849](http://dx.doi.org/10.15210/dissertatio.v28i0.8849). Disponível: <<<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8849>>. Acesso em: 11/11/2019.

GICO Jr, Ivo T. *Introdução à Análise Econômica do Direito*. Capítulo. In *O Que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Marcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coordenadores). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores: Critérios de Identificação e Aplicação Prática*. São Paulo: Ltr, 2013.

GRATELOUP, Léon-Louis. *Dicionário Filosófico de Citações*. Tradução de Marina Appenzler. Volume 28. São Paulo: Folha de S. Paulo. Coleção Folha Grandes Nomes do Pensamento, 2015. Traduzido de *Dictionnaire Philosophique de Citations*.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000.

GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: Olhares Críticos Sobre a Política na Modernidade*. São Paulo: LiberArs, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional. Ensaios Políticos*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Tradução de *The Post-National Constellation: Political Essays*.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. Traduzido de *The Concept of Law*.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Traduzido de *Grundlinien der Philosophie der Rechts*.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I. Traduzido para a língua espanhola por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia – Editores, 1952. Traduzido de *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª edição, 1938.

LAURO, Rogério Gomes de; AMARAL, Shirlena Campos de Souza; LIMA, Nathani Siqueira; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. *O Código de Defesa do Consumidor no Contexto do Ordenamento Jurídico Brasileiro e A Teoria do Diálogo das Fontes*. InterSciencePlace - Revista Científica Internacional, nº 2, volume 10, artigo nº 5, Abril/Junho, 2015.

LEITE, Gisele. *Você É Pós Moderno?* Disponível:<<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj044463.pdf/consult/cj044463.pdf> >. Acesso em: 20/02/2020.

LEITE Gisele. *Direito do Consumidor No Século Dos Novos Direitos*. Disponível:<<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/112185247/direito-do-consumidor-no-seculo-dos-novos-direitos>>. Acesso em: 02/02/2020.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito. Volume 1: Das Origens à Escola histórica*. Traduzido por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto*.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume 2: O século XX*. Traduzido por Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Volume II. Prefácio do Autor à edição brasileira. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto, vol II: il novecento*.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito; volume 3: Do século XX a pós-modernidade*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Traduzido de: *Sistema e Struttura nel Diritto, vol III: Dal Novecento Ala Postmodernità*.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Traduzido por Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Traduzido de *Legitimation durch Verfahren*.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de Uma Teoria Geral*. Traduzido por Antonio C. Luz Costa *et alii*. Petrópolis: Vozes. 2016. Traduzido de *Soziale Systeme – Grundriss einer allgemeinen Theorie*.

MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e O Código Civil de 2002*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07. 2004. Disponível: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 09/10/2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil do Segurador. Diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 79. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Ltr, 1982.

NEVES, Edson Alvisi. *A Intervenção Judicial na Empresa*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2017.

NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e Comerciantes na Corte do Império do Brasil: O Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ. 2008.

Organização das Nações Unidas - ONU. *Conferencia de Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. Naciones Unidas. Directrices Para La Protección Del Consumidor*. Nueva York y Ginebra, 2016. Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas na Resolução E/1999/INF/2/Add.2, de 26 de julho de 1999, revisadas pela Resolução 70/186 de 22 de dezembro de 2015. Disponível: <[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf) >. Acesso em: 02/02/2020.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Disponível: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=FRAN%C3%87OIS+OST> >. Acesso em: 29/06/2019.

PLEINES, Jürgen-Eckardt. *Friedrich Hegel*. Capítulo: *Textos Seleccionados*. Sílvio Rosa Filho (organizador e tradutor). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. (Coleção Educadores). ISBN 978-85-7019-553-1. p. 48-9. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4671.pdf>>. Acesso em: 13/11/2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. *A Justiça Administrativa Brasileira Comparada*. Revista CEJ. Brasília. Ano XVI, nº 57, maio/ago, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTEL, Fernanda Pontes; PIMENTEL, Ademir Paulo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito*. Apostila. FGV Direito Rio. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2002. Disponível: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)>. Acesso em: 20/07/2019.

POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Tradução para espanhol por Eduardo Soares. 2ª edição. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2007. Traduzido de *Economic Analysis of Law*.

POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Tradução por Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Traduzido por Tereza Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Traduzido por Maria Cecília Almeida.

ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella. *A Mão Invisível das Delações: Ônus da Prova e Vedação da Prova Diabólica*. In *Comentários a um Acórdão Anunciado: O processo Lula no TRF 4*. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Organizadores). São Paulo: Outras Expressões, 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das Declarações da Vontade*. Vol. III. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTORO, Emilio. *Estado de Direito e Interpretação: Por Uma Concepção Jusrealista e Antiformalista do Estado de Direito*. Traduzido por Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2ª ed. 2009.

STEIN, Ernildo. *Órfãos de Utopia: a Melancolia da Esquerda*. Ijuí, RS: Unijuí, 2015

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico Em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA nº 4 – jul./set. 2008. p. 198. Disponível: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/517/153>>. Acesso em: 01/02/2020.

STIGLITZ, Joseph E; GREENWALD, Bruce. *Rumo a um Novo paradigma em Economia Monetária*. São Paulo: Francis, 2004.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. 6ª edição. São Paulo: Método, GEN. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Capítulo. In *Estudos em Tributo ao Jurista Ives Gandra*. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (coordenador). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O Novo Paradigma da Ciência*. Campinas -SP: Papyrus, 2018. b

VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Tradução por Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Traduzido de *Le Vocabulaire de Emmanuel Kant*.

# A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO CONSUMIDOR NA NARRATIVA PUBLICITÁRIA CONTEMPORÂNEA.

José Renato Torres do Nascimento<sup>296</sup>

Marcos Cesar de Souza Lima

## RESUMO

A opinião pública se modifica na proporção em que se sofisticam os meios de comunicação. Os jornais consagram à arte e à crítica cultural, instrumentos da crítica de arte institucionalizada. À medida que as obras filosóficas e literárias, obras de arte em geral, são produzidas para o mercado e intermediadas por ele, esses bens culturais se assemelham a mercadorias acessíveis a todas as pessoas privadas. Num segundo momento, a cultura se converte em mercadoria, provocando o debate acerca de valores emancipatórios, algo que serviria para a reorganização da própria estrutura de Estado. Com a evolução dos meios de comunicação, as massas de consumo começam a ser adestradas, afetando a formação da opinião pública com a transmissão às massas de ideias e valores já refletidos por uma elite burguesa. Novas técnicas publicitárias se aperfeiçoam e inviabilizam ao consumidor a clara percepção e análise dos valores articulados através da atividade publicitárias. O Código de Defesa do Consumidor passou a impingir severos limites a prática publicidade, entretanto a legislação não tratou da responsabilização dos serviços de publicidade e passou a punir somente a empresa fornecedora de serviços ou produtos. Por outro lado, não responsabilizou as agencias publicitárias responsáveis pelas capanhas, com a missão de agregar valores às marcas, que acabam se baseando em elementos éticos duvidosos, orientando-se somente pela demanda dos empresários, violando direitos da personalidades dos consumidores.

## ABSTRACT

The Public opinion changes as well as the media becomes more sophisticated. The newspapers devote to art and to cultural criticism, instruments of institutionalized art criticism. As philosophical and literary works, in general, are produced for the market and intermediated by it, these cultural goods resemble goods accessible to all private persons. In a second moment, culture becomes a commodity, provoking the debate about emancipatory values, something that would serve for the reorganization of the state structure. As the evolution of the media, the masses of consumption begin to be trained, affecting the formation of public opinion with the transmission to the masses of ideas and values already reflected by a bourgeois elite. New advertising techniques are perfected and make it unfeasible for the consumer to clearly perceive and analyze the values articulated through advertising activity. The Consumer Protection Code began to impose strict limits on advertising practice, although the legislation did not address the liability of advertising services and punished only the company that provides services or products. On the other hand, it did not hold responsible the advertising agencies responsible for the captians, with the mission of adding values to the brands, which end up being based on dubious ethical elements, being guided only by the demand of the businessmen, violating rights of the personalities of the consumers.

---

<sup>296</sup> Delegado da Policia Civil. Assessor Chefe de Segurança do TCMRJ. Doutorando em Direitos, Instituições e Megócios - PPGDIN pela Universidade Federal Fluminense. Mestre da Escola Brasileira de Administração Pública e Empresa- EBAPE/FGV. Pós-Graduado em Administração Pública – FGV. Pós- Graduado em Direito Processo Penal- UNESA.

## INTRODUÇÃO

Com a refuncionalização e reestruturação da esfera pública a partir da evolução da imprensa, a comercialização do conceito de mercadoria se confundiu com o público, e à independência das instituições de imprensa é assegurada mediante garantias políticas, que passa a integrar a esfera pública. A imprensa, originária do sistema correspondências, na primeira fase do capitalismo, organizou-se em pequenas empresas artesanais, onde o editor visava apenas o lucro e se limitava à coleta e organização da difusão de notícias (imprensa de informação). Posteriormente, diante de um novo momento político, a imprensa de informação evoluiu para de opinião como meio de lutas políticas partidárias. Nessa nova fase, o Editor passou a ser um “*vendedor de novas notícias, um comerciante da opinião pública*”.

Essa mudança decorreu da autonomização da redação no continente europeu. Nesse momento, pretere-se lucro e a rentabilidade, no qual o impulso do negócio, outrora pedagógico tornou-se cada vez mais político e voltado para interesses de mercado.

Mas então, com o estabelecimento do Estado burguês de Direito e a proteção a autonomia privada, ocorre a “*legalização de uma esfera pública politicamente ativa*”. Com isso se desenvolve uma imprensa de informação ao lado de uma imprensa de opinião como crítica ao próprio papel Estado.

Hoje as agências publicitárias, através de anúncios, cujos métodos, desde a grande crise mundial se aperfeiçoaram cientificamente, em nível cada vez mais elevado pela pesquisa de mercado, no aspecto econômico, sociológico e psicológico. Com efeito, ganharam importância os departamentos de publicidade com suas mais diversas matizes. Na medida em que os meios de comunicação alcançam expansão, a televisão comercial conquista uma influência preponderante, ao passo que as mídias buscando atingir camadas mais elevadas, atingem também as mais inferiores que buscam identificação com as elites através do seu estilo consumo (HABERMAS, 1984).

Algumas técnicas que norteiam a narrativa publicitária e dizem respeito à atuação da atividade midiática estão direcionadas a criarem vínculos entre a marca e o consumidor. Trata-se de uma forma interpretativa dos valores humanos e acordo com as sensações de prazer retiradas das percepções do homem no ambiente, a sua necessidade de sobrevivência e os

Não há um compromisso com a realidade. Um sonho ou uma emoção relacionada com o desejo de erotismo e sedução pode ser agregada ao produto. Nesses casos, o publicitário apresenta-se como mediador dos interesses dos proprietários de marca e consumidores, mas a fronteira ética não parece bem definida e a imparcialidade do mediador parece ser algo ainda mais questionável.

O Princípio da Identificação da Publicidade, visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão. Conforme pode ser extraído na leitura do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis* :

*“Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”*

Com efeito é proibida toda publicidade clandestina ou subliminar. O merchandising, que pode ser considerado uma forma de publicidade clandestina é uma técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes, não está expressamente proibido. Porém, se for impossível ao consumidor identificá-lo como mensagem publicitária, será vedado por contrariar o princípio extraído do art. 36 do CDC.

É importante, ampliar e proteger a autonomia privada dos indivíduos, uma vez que toda percepção da dignidade da pessoa humana constitui objetivo principal a ser perseguido pelo ordenamento jurídico.

Como muito bem explica Schreiber, estas novas interpretações permitem a reconfiguração dos direitos da personalidade, que não pretende ser exaustiva, mas é inegavelmente expansiva, principalmente em razão do desenvolvimento econômico e tecnológico, o que gera sempre um número de ameaça maior ao indivíduo. Por outro lado, estes novos direitos atendem as reivindicações de grupos sociais historicamente excluídos da ordem econômica.

Registre-se que a ampliação dos Direitos da Personalidade não consiste apenas na mera releitura do sistema jurídico através das normas constitucionais, como propõe o Neo-Constitucionalismo, mas uma leitura utilizando todo o sistema jurídico, com a finalidade de ampliar ainda mais direitos fundamentais e a autonomia privada.

A propaganda influi diretamente na liberdade de escolha dos indivíduos, principalmente quando manipuladora e falsa, pois afeta diretamente a autonomia da vontade do consumidor. Com efeito, a formação de valores de consumo pelas agências de publicidade, sem um acordo coletivo envolvendo os próprios consumidores, com base nas fontes dos direitos que impõe a necessidade de diálogo de sistemas jurídicos, afeta o direito de escolha, um dos direitos da personalidade essencial de cada cidadão, elemento basilar da autonomia da vontade.

Assim sendo, falamos aqui de um processo de discussão que envolva a sociedade, o Estado e diversas empresas do setor privado para pôr limite a estratégia publicitária capaz de enganar e causar lesões ao consumidor.



## 1 – AS ESTRUTURAS SOCIAIS DA ESFERA PÚBLICA

O conceito de esfera pública burguesa pode ser entendido na sociologia como a esfera das pessoas privadas reunidas num público, que reivindicam regulamentação dos seus interesses, principalmente no que tange às leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social, constituindo-se modelo historicamente inusitado de racionalização pública (HABERMAS, 1984).

Nesse contexto, o homem como dono de mercadorias ou pai de família se baseia na compreensão política que a esfera pública burguesa possui de si mesma. Ele é influenciado por uma opinião pública (HABERMAS, 1984).

Ao mesmo tempo, a “cidade”, além de centro vital da sociedade burguesa, em antítese política e cultural à “Corte da realeza”, caracteriza-se numa primeira esfera pública literária nos *coffe-houses*, nos *salons* e nas comunidades de comensais (HABERMAS, 1984).

No âmbito privado, a sociedade civil se transforma no setor de troca de mercadorias e de trabalho social, e o espaço íntimo da pequena família, enquanto o nicho da intelectualidade burguesa passa compor a esfera pública política, bem como a esfera pública literária dos clubes e imprensa, e o mercado de bens culturais. Essa nova reconfiguração altera a esfera do Poder Público, compreendido entre o Estado e a Corte (HABERMAS, 1984).

Este é o cenário da França do século XVIII, onde o público consumidor e crítico da arte e da literatura era, em primeira linha, a corte, e depois estendida a alta nobreza urbana, somadas as pequenas camadas da alta sociedade, nos camarotes da burguesia emergente parisiense (HABERMAS, 1984).

Era no salão da corte onde o monarca oferecia as suas festas e, como um mecenas, reunia ao seu redor os artistas, nos “*salons*”. Mas à medida que a cidade assume suas funções culturais, modifica-se a esfera pública. A esfera da representação real torna-se uma fachada mantida com grandes dificuldades (HABERMAS, 1984).

A preponderância das cidades é assegurada por novas instituições, que em toda sua diversidade, na Inglaterra e na França assumem funções sociais semelhantes. Os cafés em seu período áureo de 1680 a 1730, os salões no período entre a Regência e a Revolução. Tanto cá quanto lá, são centros de uma crítica inicialmente literária e depois, também política na qual começa a se efetivar uma espécie de paridade entre homens da sociedade aristocrática e da intelectualidade burguesa (HABERMAS, 1984).

Como nos salões, a literatura tinha de se legitimar nesses cafés em que a “intelectualidade” se encontrava com a aristocracia. O raciocínio nascido das obras de arte e políticas logo se expande também para as disputas econômicas e políticas, como

nos salões. Nas sociedades dos cafés, somente eram admitidos homens, e as mulheres londrinas eram abandonadas a cada noite, ainda que o estilo do salão, todo rococó, fosse essencialmente marcado pela influência feminina (HABERMAS, 1984).

Na França, a burguesia excluída dos postos de comando no Estado e na Igreja assumia pouco a pouco as posições-chaves na economia, enquanto a aristocracia compensava esta superioridade por meio de privilégios da realeza. Essa nobreza e a grande burguesia dos banqueiros e burocratas se encontrava nos salões como iguais na “intelectualidade”. No salão, o espírito não era mais de serviços prestados aos mecenas, a opinião se emancipava dos liames da dependência econômica, ainda que inicialmente tal local fosse mais abrigo dos prazeres galantes do que dos discursos; aos jantares logo se associaram as discussões, sempre a partir de critérios de sociabilidade, igualdade e paridade (HABERMAS, 1984).

Mas por outro lado, à medida que obras filosóficas, literárias e de arte em geral, são produzidas para o mercado e intermediadas por ele, esses bens culturais se assemelham a mercadorias acessíveis a todas as pessoas privadas, que a profanam à medida que por vias do entendimento racional, entre si e por conta própria, o seu sentido, conversam sobre ele (HABERMAS, 1984).

Com esse público difuso, que se constitui no embalo da comercialização da troca cultural, surge uma nova categoria social, em função da literatura e do teatro, que só ganha projeção em sentido estrito quando os teatros das cortes ou dos palácios reais se tornam “públicos” (HABERMAS, 1984).

A arte, liberada das suas funções de representação social, torna-se objeto de livre escolha e de tendências oscilantes. O “gosto”, a partir do qual se orienta e se expressa no julgamento dos leigos sem competência especial, pois no público qualquer um pode reivindicar competência (HABERMAS, 1984).

Através de instituições e nova profissão de “crítico da arte”, que inclui a literatura e música, com papel dialético de mandatário e pedagogo de um público que se achava emancipado, e ao mesmo tempo pode voltar-se contra o próprio público como especialistas, apelando para a capacidade de julgamento daqueles que não haviam tido uma boa formação (HABERMAS, 1984).

Os jornais consagrados à arte e à crítica cultural, instrumentos da crítica de arte institucionalizada, são criações típicas do século XVIII (HABERMAS, 1984).

Nesse contexto, surge o fenômeno dos *hebdomadários moralistas*, onde jornais periódicos com artigos objeto das discussões nos cafés, tornam-se não apenas elemento de coesão do grande círculo de freqüentadores de cafés, enquanto as antigas instituições da esfera pública burguesa estão presas, em sua origem, à sociedade aristocrática que se separava da corte, o “grande” público que se constituía em teatros, museus e

concertos é um público burguês. As experiências, sobre as quais um público apaixonadamente tematiza sobre si mesmo, busca no raciocínio público das pessoas privadas entendimento mútuo e esclarecimento, essas experiências fluem de fontes de uma subjetividade específica: o seu lar é a esfera privada da pequena-família patriarcal (HABERMAS, 1984).

Por outro lado, a privatização da vida pode ser observada na alteração arquitetônica das casas recém-construídas: O “espaço familiar”, o local de permanência em comum para o homem, a mulher, as crianças e a criadagem reduziu-se ou desapareceu. Os quartos privados para cada membro da família tornam-se cada vez mais numerosos, o isolamento dos membros da família, mesmo no interior da casa, passa a ser considerado como algo positivo (HABERMAS, 1984).

A natureza “pública” do salão da grande família desapareceu, as festas familiares tornam-se noitadas em sociedade, a sala da família torna-se sala de recepção, em que as pessoas privadas se reúnem num público. O salão não serve ao “lar”, mas à “sociedade”, e esta sociedade do salão está muito distante de ser equivalente ao círculo restrito, fechado, dos amigos da casa. O espaço fechado da pequena sociedade patriarcal, linha entre esfera privada e esfera pública, torna-se local de emancipação psicológica que corresponde à emancipação político-econômica, embora a esfera do círculo familiar pretenda-se ver-se como independente, livre de todos os liames sociais (HABERMAS, 1984).

A Burguesia, na proporção de sua emancipação quanto às diretivas e controles estatais é que decidem livremente, não obrigados a se submeterem a ninguém e tão somente sujeitos às leis funcionais da racionalidade econômica imanente ao mercado, previstas pela garantia ideológica da troca justa (HABERMAS, 1984).

Esta idéia que esfera íntima da família estrita tem de si mesma, colide com as reais funções assumidas pela família burguesa e isso inclusive na consciência do próprio burguês. Pois a família não está livre das coações que a sociedade burguesa submete como qualquer outra sociedade anterior (HABERMAS, 1984).

A leitura de romances torna-se hábito nas camadas burguesas. Estas constituem o público que, aquelas antigas instituições dos cafés, dos salões, e das comunidades de comensais, há muito já se emancipou e agora é mantido reunido através da instância mediadora da imprensa e de sua crítica profissional. Constituem a esfera pública de uma argumentação literária, em que a subjetividade oriunda da intimidade pequeno-familiar se comunica consigo mesma para se entender a si própria (HABERMAS, 1984).

Portanto, na passagem do público que pensa a cultura para o público que consome cultura, o que anteriormente ainda se permitia que se distinguisse como esfera pública literária em relação à esfera política perdeu o seu caráter específico. A massa é

particularmente uma cultura de integração: ela integra não só informação e raciocínio, as formas publicitárias como as formas literárias da beletrística psicológica para uma ocupação e “ajuda de vida” determinada pelo interesse humano; ela é suficientemente elástica para também assimilar, ao mesmo tempo, elementos da propaganda, até mesmo para servir como uma espécie de super-slogan. Na esfera pública que assume funções de poder utilizada como propaganda, quanto mais ela pode ser utilizada como meio de influir política e economicamente, tanto mais apolítica ela se torna no todo e tanto mais aparenta esta privatizada (HABERMAS, 1984).

O consumo de cultura também entra a serviço da propaganda econômica e política. Enquanto antigamente a relação da esfera pública literária com a esfera pública política era simplesmente constitutiva para a já citada identificação central dos proprietários com os “seres humanos”, hoje existe a tendência de absorver uma esfera pública de consumismo cultural (HABERMAS, 1984).

## **2 – A CULTURA COMO MERCADORIA**

Habermas analisa a refuncionalização e reestruturação da esfera pública a partir da evolução da imprensa, onde, pela comercialização, os conceitos de mercadoria e o público se confundem, e à independência das instituições de imprensa é assegurada mediante garantias políticas, que passa a integrar a esfera pública. A imprensa, originária do sistema correspondências, na primeira fase do capitalismo, organizou-se em pequenas empresas artesanais, onde o editor visava apenas o lucro e se limitava à coleta e organização da difusão de notícias (imprensa de informação). Posteriormente, a imprensa de informação evoluiu, diante de um novo momento político, para imprensa de opinião como meio de luta político partidária. Internamente significou a inclusão do Redator, e que o Editor passou de “*vendedor de novas notícias a comerciante com opinião pública*” (HABERMAS, 1984).

Essa mudança decorreu da autonomização da redação e, no continente europeu. Nesse momento, pretere-se lucro e rentabilidade, onde impulso do negócio, inicialmente, pedagógico tornou-se cada vez mais político (HABERMAS, 1984).

Mas então, com o estabelecimento do Estado burguês de Direito e com a “*legalização de uma esfera pública politicamente ativa*”, surgem às regulamentações da imprensa que degradam a imprensa de opinião, enquanto instituição do público crítico era apenas com o fito de retorno lucrativo. O que, por sua vez, já não ocorre com a imprensa de informação, também censurada, mas que enquanto mera transmissora de acontecimentos, imperceptível nas lacunas entre eles (HABERMAS, 1984).

Numa terceira fase, “*o jornal assume o caráter de empreendimento que produz espaço para anúncios como uma mercadoria que se torna vendável através da parte reservada à redação*”. Empresas jornalísticas privadas são organizadas como sociedades anônimas reorganizadas comercialmente para dar lucro, levando a subordinação a economia de mercado, e contrastando com as empresas manufatureiras dos velhos “editores” em que o lucro diante da motivação política era apenas uma possibilidade (HABERMAS, 1984).

Com o tempo foram ocorrendo mudanças, no sentido de que, por um lado desenvolvem-se novas máquinas mais velozes para impressão e o sistema de informação revoluciona-se com o telégrafo, mas por outro, a subordinação da empresa jornalística a economia de mercado lhe entrega a interesses diversos que passam a influenciá-la, de forma que, “*torna-se instituição de determinados membros do público enquanto pessoas privadas*”, ou seja, *veículo de promoção de interesses privados na esfera pública* (HABERMAS, 1984).

Proporcionalmente se modifica a relação entre editora e redação, pela especialização técnica da atividade redacional, de literária para uma atividade mais jornalística, de autonomia reduzida; e pela “*linha*” (importância do conteúdo material selecionado e talento individual) do editor. A autonomia redacional antes gozada por fins políticos, agora é mitigada pelas leis de mercado, causando reorganização interna da empresa jornalística onde, com inserção comissão supervisora, o redator não está mais subordinado diretamente ao editor e sim a esta. Tais mudanças possibilitaram tendências gerais à concentração, centralização, e cartelização econômica da imprensa que, alavancadas pelo surgimento de novas tecnologias de difusão de notícias, que tornam jornais de regiões rurais e jornais locais de regiões urbanas dependentes dessas como redações municipais ou afiliadas, de forma que através da unificação das cadeias de jornais ocorre também a unificação tecnológica, bem como o fenômeno da sincronização redacional (HABERMAS, 1984).

Portanto, se inverteu a base das originárias da imprensa, “protegida” pelo modelo liberal de esfera pública. Mas se por um lado justamente pelo grande poder social que atingiram, sua permanência em mãos privadas ameaçou várias vezes as funções críticas do jornalismo liberal, por outro lado, na imprensa liberal, os meios de comunicação alcançaram extensão e eficácia incomparavelmente superiores, acarretando expansão da esfera pública. Gradativamente, foram cada vez mais reinseridos na esfera privada, pelo intercâmbio de mercadorias, de forma que quanto maior sua eficácia jornalístico-publicitária, mais vulneráveis à pressão de determinados interesses privados, principalmente após a liberação dos trustes às grandes empresas de comunicação. À medida que a esfera pública foi tomada pela publicidade comercial,

essas esferas confundem-se em meio à propaganda de forma que “*pessoas privadas passam imediatamente a atuar enquanto proprietários privados sobre pessoas privadas enquanto público*” (HABERMAS, 1984).

A concorrência dos mercados oligopólios tornou necessária a inundação da esfera pública por publicações jornalístico-publicitárias. Nisso, a concorrência imediata, quanto aos preços passou a buscar uma concorrência mediata no processo de estabelecer mercados, com uma clientela específica da firma. Como consequência, acaba a concorrência dos preços e entra-se numa, onde a multiplicidade indiscernível de mercados próprios e marcas de artigos, que pela dificuldade de serem comparados entre si, de acordo com padrões de racionalidade econômica, tem seu valor de troca determinado através da manipulação jornalístico-publicitária (HABERMAS, 1984).

O anúncio comercial nos folhetins limitava-se à mercadorias fora do comércio usual e a concorrência era realizada oralmente; depois, já no capitalismo avançado surge a publicidade comercial, como elemento da economia de mercado (HABERMAS, 1984).

Hoje as agências de anúncios, à publicidade, cujos métodos, desde a grande crise mundial se aperfeiçoaram cientificamente, em nível cada vez alcançado pela pesquisa de mercado no aspecto econômico, sociológico e psicológico, ganhou importância, observada no fato de grandes empresas terem seu próprio departamento de publicidade. Na medida em que os meios de comunicação alcançam expansão, a televisão comercial conquista uma influência preponderante, ao passo que as mídias buscando atingir camadas mais elevadas, atingem também as mais inferiores de buscam identificação com as superiores pelo seu estilo consumo (HABERMAS, 1984).

A indústria da publicidade, além de absorver os órgãos publicitários existentes, cria os seus próprios jornais, revistas e cadernos, ao passo que surge o gênero publicitário das revistas de empresas feitas para clientes, não só como meio de diversão, mas que como os programas dos meios de comunicação de massa mesmo em sua parte não comercial estimulam o comportamento consumista e fixam o público em determinados modelos. “David Riesman considera ser a essência dos meios de diversão de massa exatamente uma educação do consumidor que já começa na infância e que acompanha incessantemente os adultos”: “*hoje, a profissão futura de cada criança é a de consumidor formado*”. “A cultura de integração maciçamente difundida leva o seu público a troca de opiniões sobre artigos de consumo, submetendo-o à doce coação do contínuo treinamento para consumo” (HABERMAS, 1984).

No Pós-guerra as novas técnicas encontraram difusão geral, inclusive na Europa. A publicidade se limitava a anúncios, mas a opinião pública transcendia o “reclame” através da promoção e da exploração: ela se intrometia no processo da “opinião pública” ao produzir planejadamente novidades ou ao se aproveitar de eventos

que despertassem atenção. Se utilizando diretamente da psicologia e da técnica de publicidade gráfica e da publicidade pictórica ligada aos meios de comunicação de massa, com os seus tópicos de interesse humano, mediante uma representação dramática dos fatos e de estereótipos calculados, ele representa uma reorientação da opinião pública mediante formação de novas autoridades ou símbolos que terão aceitação, ou inserindo material adequado ou aparelhando veículos de comunicação para criá-los (HABERMAS, 1984).

Segundo Bauman, o modelo da educação para o “consumismo” ou “cultura de consumo”, segue o modelo de “tipos ideais” proposto Max Weber. Essas ferramentas são insubstituíveis em qualquer esforço com vistas a tornar inteligíveis os pensamentos e possibilitar uma narrativa coerente das evidências um tanto desordenadas da experiência humana. Max Weber ao justificar a construção dos tipos ideais (BAUMAN,2008).

Pode-se dizer que “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho (BAUMAN,2008).

O desejo humano de segurança e os sonhos de um “Estado estável”, definitivo, não se ajustam a dinamismo de uma sociedade de consumidores. Por essa razão, o consumismo se associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades, mas a um volume de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos desejos destinados a satisfazê-la. Com efeito, a felicidade passa a ser medida por acúmulo de bens de consumo. Novas necessidades exigem novas mercadorias, novos desejos; o consumismo inaugura a “obsolescência embutida” dos bens no mercado e assinala o aumento da indústria da remoção do lixo (BAUMAN,2008).

Stephen Bertman cunhou os termos “*cultura agorista*” ou “*cultura apressada*” para denotar a maneira como vivemos em nosso tipo de sociedade. O fenômeno líquido-moderno do consumismo, traz agora a singular renegociação do significado do tempo. O tempo *pontilhista* - tempo *pontuado*, a vida não passa de uma sucessão de presentes. A ideia do “tempo da necessidade” foi substituída pelo conceito de “tempo de possibilidades” do momento, tempo aleatório, aberto em qualquer momento ao imprevisível irromper do novo, não determinado previamente, no qual surpresas e oportunidades imprevistas podem aparecer a qualquer instante. A vida “algorista” é “apressada”, pois a oportunidade de cada situação

vai segui-lo até o túmulo, se perdida, não haverá “segunda chance”. A demora é o serial *killer* das oportunidades (BAUMAN,2008).

Entre as tendências patológicas está a produção de bens e serviços, num mesmo tempo. Um excesso de informação é produzida pela sociedade de consumo. É quase impossível absorver volume de informação, a circunstância, se tornando endemicamente desperdiçada (natimorta).Eriksen explica que “mais da metade de todos os artigos publicados nas revistas de ciências sociais jamais são citados”; isso sugere que mais da metade da informação produzida pela pesquisa quase nunca é lida, a não ser pelos anônimos “comentaristas e editores de texto (BAUMAN,2008).”

Dentre as patologias da sociedade de consumo esta a Melancolia. É o distúrbio resultante do encontro entre a obrigação e as coisas que o indivíduo precisa fazer e a compulsão de escolher, oportunidades, ou, o vício da escolha e a incapacidade de fazer essa opção. O consumo, visto na terminologia de Layard como uma “esteira hedonista”, não é uma máquina patenteada para reproduzir um volume crescente de felicidade, mas faz aumentar-se a soma total de satisfação de seus praticantes. A capacidade de consumo para aumentar a felicidade é bastante limitada, não pode ser estendida com facilidade para além do nível da satisfação das “necessidades básicas da existência. Segundo Richard Layard, os moradores de países prósperos e bastante desenvolvidos, com economias orientadas para o consumo, não se tornaram mais felizes ao ficarem mais ricos. Pelo contrário, o fenômeno do consumo traz causas negativas do desconforto e da infelicidade, tais como o estresse ou depressão, jornadas de trabalho prolongadas e anti-sociais, relacionamentos deteriorados, falsa autoconfiança e incertezas enervantes sobre estar estabelecido de maneira segura e “ter razão”, tendem a crescer em frequência, volume e intensidade. A economia orientada para o consumo promove ativamente a deslealdade, solapa a confiança e aprofunda o sentimento de insegurança, tornando-se ela própria uma fonte do medo que promete curar ou dispersar o medo que satura a vida líquido-moderna e é a causa principal da variedade líquido-moderna de infelicidade (BAUMAN,2008).

Nesse contexto é possível afirmar que o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, já que a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania. Os indivíduos preocupados com seu sucesso próprio enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público (BAUMAN,2008).

O “público” é colonizado pelo “privado”; o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e as confissões de sentimentos privados, quanto mais íntimos melhores. As “questões públicas”, que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis (BAUMAN,2008).



Não se engane, agora como antes, tanto no estágio leve e fluído da modernidade quanto no sólido e pesado, a individualização é uma fatalidade, não uma escolha. Na terra da liberdade individual de escolher, a opção de escapar à individualização e de se recusar a participar do jogo da individualização está decididamente fora da jogada (BAUMAN,2008).

A cultura do consumo é altamente individualizante, já que cada indivíduo só se preocupa com o sucesso próprio, medido pela capacidade de consumo. Só que as metas individuais são colocadas pelas sociedade de consumo como tipos ideias, eliminando escolhas racionais, degradando a identidade do indivíduo. Nesse contexto, o Indivíduo alienado pelo fetiche do consumo perde a sua identidade para se tornar uma mercadoria pronta a ser consumida. Levando ao surgimento de relacionamentos líquidos (PAUSEIRO, 2015).

### **3 – VALORES DE CONSUMO**

Segundo o professor Allen M. W, professor da Victoria University of Wellington, na Nova Zelândia, o consumidor tem sido orientado por uma metodologia sócio-cognitiva, onde os valores refletidos são transmitidos através do processo midiático, porém sem lhe furtar o benefício da aparente decisão final (ALLEN, 2001).

O autor narra o treinamento das massas para o consumo pela internet, um ambiente inseguro e mal regulado pelo direito, inicialmente discriminado pelos clientes. Mas a campanha de publicidade associada aos serviços virtuais foi a de ineficiência dos serviços presenciais, relacionados às imagens de longas filas de espera e pagamento de taxas, como a impressão de extratos bancários. Após a campanha as vendas pela internet passaram a crescer a cada ano. Os mecanismos virtuais, ainda permitem mapear melhor as preferências dos consumidores, reduzindo a margem de erro no direcionamento das futuras campanhas publicitárias (ALLEN, 2001) .

Existe uma intensa ponderação de valores do consumidor, que se traduzem no tempo de procura, em meio a quantidades de marcas e outras variáveis. Não necessariamente a variedade de marcas que retarda o tempo da procura, mas o conhecimento do consumidor acerca dessas marcas é que define reduz essa margem (ALLEN, 2001).

Algumas técnicas que norteiam a narrativa publicitária e dizem respeito ao fazer publicitário direcionado a criar vínculos entre a marca e consumidor. Trata-se de uma forma interpretativa dos valores humanos de acordo com as sensações de prazer retirada das percepções do homem no ambiente, a sua necessidade de sobrevivência e os perigos enrentados (Strassburger, 2012).

Para cumprir essa tarefa redirecionou-se a narrativa publicitária dentro do mapeamento semiótico dos valores de consumo identificados por Floch. Para analisar os dez anos do processo da marca da Citroën, Floch (1993) recorre à análise semiótica dos valores de consumo. Na década de 1980, o autor reconhece na ação mais discursiva da Citroën quatro fases: prática, utópica, crítica e lúdica. Esses quatro elementos colaboraram para a produção dos sentidos no processo de sedução e persuasão do consumidor. De um lado, há os valores de uso como valorização prática, ou seja, a funcionalidade dos bens e serviços adquiridos pelos indivíduos: de outro estão os valores de base – o amor, a liberdade, a felicidade, a justiça, a beleza, enfim, os valores considerados universais pela sociedade. O que se observa é que, de acordo com os elementos socioculturais do repertório do indivíduo, este será mais suscetível a um discurso ancorado em valores de base (valores utópicos ou lúdicos) ou de uso (valores práticos e críticos). Vale lembrar que esse processo não é necessariamente dicotômico; possivelmente o indivíduo possa ser persuadido pelos dois elementos em graus diferentes (BARROS, 1990).

Em síntese, Floch identifica os valores de uso com a valorização crítica e prática, e os de base com a valorização lúdica e utópica. Nessa sistematização, enquanto o valor de uso é pautado na racionalidade, na informação tecnicista e na praticidade, o valor de base apóia-se na utopia e na emoção (BARROS, 1990).

A mensagem pode assegurar a luta por melhores condições de vida para os cidadãos: a chamada publicitária pode reconstituir a posição ricos versus pobres. O tom é de questionamento e reflexão, típicos do cidadão com valores utópicos, idealistas (BARROS, 1990).

Um bom exemplo é propaganda da PEPSI para conquistar mercado contra a gigante Coca-cola, a propaganda apresentava de forma análoga, o sonho masculino, que encontra na “vizinha” o querer, o desejar, que traz como consequências a angústia e a falta de controle diante de tal situação (Strassburger, 2012).

Não há um compromisso com a realidade, um sonho, uma emoção relacionada com o desejo de erotismo e sedução pode ser agregada ao produto. Nesses casos, o publicitário apresenta-se como mediador dos interesses dos proprietários de marca e consumidores, mas a fronteira ética não parece bem definida e a imparcialidade do mediador parece ser algo ainda mais questionável (Strassburger, 2012).

Mas a soberania do consumidor que lhe garante liberdade suficiente para a livre escolha de parâmetros de consumo não pode imunizá-lo dos possíveis efeitos da cultura imposta? O grande argumento para a formação da cultura de consumo está justamente na utilização da liberdade de forma estratégica para a manipulação de interesses e criação de necessidades. Assim, a felicidade falsamente imposta pelo ato de consumo,

não satisfaz o comprador. O bem adquirido apenas momentaneamente o coloca no status almejado. Dessa forma, a realização do consumo somente o satisfaz provisoriamente, pois novas necessidades serão sugeridas rapidamente.

#### **4 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC).**

A constituição brasileira de 1988, entre outros direitos, tratou o Direito do Consumidor como norma de eficácia limitada, dependendo da criação de lei específica. Trata-se de uma garantia individual contra o poder burguês, mas que deveria ser construída ao longo da história da democracia brasileira.

Em 1999 foi promulgada a Lei n.º 8078, que ficaria conhecida como o Código de Defesa do Consumidor - CDC, um sistema de direitos fundamentais, que representa o estado de amadurecimento da população brasileira contra a influência do poder econômico e burguês na esfera pública.

O Código de Defesa do Consumidor pode produzir um risco para o empresário mal informado, que contrata uma o produto de uma companhia publicitária. Além de milhares de ações individuais dos consumidores, o PROCON efetua multa percentual ou por quantidade de produto irregular, que pode ser exigida através da execução fiscal e levar a falência de uma pequena empresa (TARTUCE, 2013)

O Princípio da Identificação da Publicidade, por exemplo, extraído do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão:

*“Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”*

Assim, é proibida toda publicidade clandestina, bem como a publicidade subliminar. O merchandising, que pode ser considerado uma forma de publicidade clandestina é uma técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes, não está expressamente proibido. Porém, se for impossível ao consumidor identificá-lo como mensagem publicitária, será vedado por contrariar esse princípio extraído do art. 36 do CDC (Rizzatto 2005, p.340).

Pelo o Princípio da Identificação da mensagem publicitária toda a publicidade que tentar se ocultar para assim não ser percebida e, com isso, enganar o seu destinatário, que é o consumidor. A publicidade que tenta se disfarçar e a conseqüente necessidade de ser repudiada pelo ordenamento jurídico. Um exemplo claro da regra foi a confirmação da

aplicação da multa administrativa do PROCON na empresa Coca-cola, pelo STJ<sup>297</sup>, no valor de R\$ 459.434,97 (quatrocentos e cinquenta e nove mil e quatrocentos e trinta e quatro reais e noventa e sete centavos), *in verbis*:

***RECURSO ESPECIAL Nº 1.364.915 - MG (2013/0021637-0)***

*“No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como “maquiagem de produto” e “aumento disfarçado de preços”, por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes “Coca Cola”, “Fanta”, “Sprite” e “Kuat” de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo e em letras reduzidas. Na ação anulatória ajuizada pela recorrente, o Tribunal de origem, em apelação, confirmou a improcedência do pedido de afastamento da multa administrativa, atualizada para R\$ 459.434,97, e majorou os honorários advocatícios para R\$ 25.000,00.*

O princípio da veracidade, consagrado pelo Código do Consumidor no art. 37, § 1º, em que proíbe e define a publicidade enganosa:

*“Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.  
§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”*

Consagrado pelo Código no mesmo artigo 37, § 2º, o Princípio da Não Abusividade tem como objetivo reprimir desvios que possam prejudicar os consumidores. A publicidade abusiva não vem a afetar diretamente o lado econômico do consumidor, mas agride outros valores importantes da sociedade de consumo:

*“Artigo 37, § 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”*

Ao contrário do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo. Por isso, mesmo a publicidade verdadeira pode ser repudiada pelo ordenamento legal se for considerada atentatória a algum desses valores sociais (HENRIQUES, 2007).

---

<sup>297</sup> STJ – Superior Tribunal de Justiça.

É importante, esclarecer que após o advento do Código Civil de 2002, que a teoria do diálogo das fontes passou a mitigar o princípio da especialidade. Tal tese foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg. A tese foi trazida para o Brasil pela professora Claudia Lima Marques da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que se baseia na metodologia das ciências integrais, onde todos ramos do direito devem ser utilizados ao mesmo tempo para analisar o caso concreto, protegendo a autonomia do indivíduo e ampliando ainda mais direitos fundamentais. Com base nesse paradigma, o Código de Defesa do Consumidor - CDC é uma norma de Ordem Pública, pois amplia direitos fundamentais e pode ser utilizada para dialogar com outros campos do Direito, como por exemplo, utilizar a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII do CDC, nas relações trabalhistas, portanto protegendo o trabalhador vulnerável. A tese tem fundamento legal no artigo 7º do CDC, que adota um modelo aberto de interpretação legislativa, não se excluindo outros métodos de interpretação, mesmo decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário. Nesse contexto é possível que norma mais favorável ao consumido esteja inclusive fora do Código do Consumidor, esse preceito atende as normas de conexão de jurisdição previstas no Código Bustamante (Decreto n.º 18. 871/29), que disciplina a aplicação da norma mais favorável ao agente, quando o assunto envolver direitos Fundamentais (MARQUES, 2008, p. 89).

A tese parece que foi amparada pela jurisprudência do STJ no julgamento dos Resp. 1060515/DF e RESP 1009591/RS. Essa nova forma de interpretação parte da necessidade de ampliar e proteger a autonomia privada dos indivíduos permitindo a reconstrução de sistemas jurídicos, tendo a percepção da dignidade da pessoa humana como objetivo principal a ser perseguido pelo ordenamento jurídico (TARTUCE, 2013, p. 19-20).

Até meados do século XIX, existia uma teoria negativista, contrária aos direitos da personalidade. Partindo deste viés, faz se evidente as transformações pelas quais este rol do Direito vem passando. Com base nisso é urgente entender que a definição dos direitos da Personalidade é muito mais expansiva do que se tem compreendido. Dizer que são os direitos irrenunciáveis e intransmissíveis de que indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade, já não satisfaz a necessidade de defesa da essencialidade e dignidade do ser humano.

Dessa forma, a análise do tema abordado, demonstra como esses direitos podem ser afetados, sem que haja percepção. Os direitos da personalidade, segundo Charles Tayle, pressupõe a autonomia da vontade, alteridades e dignidade. Pois bem, não é preciso ir longe para que se enxergue a iniciativa publicitária contemporânea, como agente danoso a autonomia da vontade, quando exerce a manipulação das massas e da sua opinião. Neste sentido, o “compliance” na área midiática surgiria como instrumento de controle, evitando

lesões a autonomia de cada indivíduo e estabelecendo um código de conduta, sem contudo afetar o direito à liberdade de imprensa e expressão.

Buscando esclarecer a nova direção a ser perseguida pelos direitos da personalidade, o eminente autor e estudioso do Direito, Anderson Schreiber, em sua obra “Direitos da Personalidade” explica muito bem como essas novas interpretações permitem a reconfiguração dos direitos da personalidade, que não pretende ser exaustiva, mas é inegavelmente expansiva, principalmente em razão do desenvolvimento econômico e tecnológico, o que gera sempre um número de ameaças maior ao ser humano. Além disso, esses novos direitos atendem as reivindicações de grupos sociais historicamente excluídos da ordem econômica (SCHEREIBER, 2018, p. 262 e 263).

Registra-se que a ampliação dos Direitos da Personalidade não consiste apenas na mera releitura do sistema jurídico através das normas constitucionais, como propõe o Neo-Constitucionalismo, mas uma leitura utilizando todo o sistema jurídico, com a finalidade de ampliar ainda mais direitos fundamentais e a autonomia privada.

A propaganda, como já citado influi diretamente na liberdade de escolha dos indivíduos, principalmente quando manipuladora e falsa, pois afeta diretamente a autonomia da vontade do consumidor. Com efeito, a formação de valores de consumo pelas agências de publicidade, sem um acordo coletivo envolvendo os próprios consumidores, com base nas fontes dos direitos que impõe a necessidade de diálogo de sistemas jurídicos, afeta o direito de escolha, um dos direitos da personalidade essencial de cada cidadão, elemento basilar da autonomia da vontade.

Buscando novas fontes de defesa do indivíduo, como consumidor de informações, e ser autônomo, necessita-se para além do CDC, formas de controle da mídia sem prejuízos de outros direitos, no que cabe ressaltar, a liberdade de informação e expressão como já citado. Aparenta ser um bom caminho a ser seguido, a interpretação expansiva dos direitos da personalidade, e o compliance, como forma de estabelecer o diálogo entre sociedade, Estado e setor privado, utilizando-se de um processo gerencial participativo. Resta agora, esperar as cenas dos próximos capítulos.

Por outro lado, a legislação se preocupou somente em punir os fornecedores de produtores e serviços. Não há uma preocupação normativa em responsabilizar as agências publicitárias, que agregam valores aos produtos ou serviços anunciados na mídia televisiva. Sequer foi construído numa perspectiva discursiva parâmetros éticos validados pela população, com a finalidade de proteger as relações de consumo durante o processo de criação de uma campanha publicitária.

Como bem afirma o professor Plínio Lacerda e Guilherme Martins, as práticas abusivas constantes no CDC. não são *numerus clausus*, consistindo num elenco exemplificativo de prática comerciais abusivas, devendo o intérprete verificar o desequilíbrio,

a manifesta vantagem excessiva e a ofensa a boa-fé, como fonte para a declaração da abusividade, sendo indispensável cotejar com a teoria da lesão buscando assim a decretação da abusividade na relação de consumo (LACERDA, 2001).

As práticas publicitárias na maior parte das vezes, por conta das teorias publicitárias atribuem valores abstratos aos produtos e dependendo da forma como isso feito, pode ser interpretada como lesão ao consumidor.

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor, se apresenta como garantia fundamental dentro do Estado Liberal, como instrumento capaz de mediar de interesses dos consumidores e burgueses nessa fase da modernidade, mas não atinge os criadores das campanhas publicitárias.

## **5 – ANALISANDO A NARRATIVA PUBLICITÁRIA SOBRE UMA METODOLOGIA DISCURSIVA**

Jürgen Habermas e Robert Alexy partem do princípio de que é possível agir eticamente, desde que os discursos das instituições respeitem determinadas regras, que do ponto de vista filosófico preservaria a credibilidade dos órgãos públicos perante a população e no caso das empresas, manteria a credibilidade dos seus produtos perante os seus clientes (Habermas, 1989).

Se partimos do princípio de que a filosofia da linguagem se apresenta como um *medium* intransponível entre o discurso interno e o discurso de uma sociedade real. Nesse ponto não haverá reflexão que não se deixe construir pelo como discurso interno. Por essa razão, Habermas propõe uma discussão baseada na formação dos conceitos e juízos (HABERMAS, 1989).

Quando afirmamos que uma norma é válida, não estamos falando de uma qualidade imanente à norma, mas de uma qualidade relacional — uma norma não é válida em si, pois dizer que ela é válida significa afirmar que ela tem base numa outra norma, uma norma superior que a válida. Sendo assim, somente podemos demonstrar que uma norma tem base em outra (essa é uma afirmação que pode ser verdadeira ou falsa), mas a sua validade dependerá sempre da validade da norma superior na qual ela se baseia. Seguindo esse raciocínio, somos levados a concluir que não é possível demonstrar que uma norma é absolutamente válida, que ela é válida em si mesma, pois a sua validade existe apenas em uma relação com outras regras (HABERMAS, 1989).

Do mesmo modo, ocorre com os valores, pois se falamos que é bom ajudar as pessoas que necessitam, o ser bom não é uma característica intrínseca do ato, mas o resultado da avaliação desse ato de acordo com padrões de valoração predeterminados. O ato é bom quando é feito de acordo com os padrões admitidos de bondade, que são válidos e

não *verdadeiros*, pois não correspondem a algum fenômeno empírico, mas é resultado da crença arbitrária nos valores. Para isso torna-se prioridade analisar a validade desses valores (HABERMAS, 1989).

Habermas apresenta no plano dialético procedimentos retóricos, com vista de produzir argumentos concludentes do ponto de vista lógico, capazes de resgatar ou rejeitar pretensões de validade. São eles: (1) A nenhum falante é lícito contradizer-se; (1.2) Todo falante que aplicar o predicado *F* a um objeto *a*, tem que estar disposto a aplicar *F*, a qualquer outro objeto que se assemelhe e *a* sob todos os objetos relevantes; (1.3) Não lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. Aqui estão os pressupostos pragmáticos de tudo que é necessário para uma cooperação verdadeira, exigindo a imputabilidade e a sinceridade de todos os participantes (HABERMAS, 1989).

Continuando: 2) A todo falante só é lícito afirmar aquilo que ele próprio acredita; 2.1) Quem atacar enunciado ou norma que não for objeto de discussão tem que indicar uma razão para isso. Esse processo discursivo se apresenta como um processo comunicativo, baseado num acordo racional motivado (HABERMAS, 1989).

Nesse plano Alexy propõe: 3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de discursos; 3.2) a) É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção; b) É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no discurso; c) É lícito a qualquer um manifestar a sua atitude, desejos e necessidades; 3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do discurso, de valer-se dos seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2) (HABERMAS, 1989).

## CONCLUSÃO

Habermas analisa a refuncionalização e reestruturação da esfera pública a partir da evolução da imprensa, onde, pela comercialização, os conceitos de mercadoria e o público se confundem, e à independência das instituições de imprensa é assegurada mediante garantias políticas, que passa a integrar a esfera pública.

Essa mudança decorreu da autonomização da redação e, no continente europeu. Nesse momento, pretere-se lucro e rentabilidade, onde impulso do negócio, inicialmente, pedagógico tornou-se cada vez mais político.

Com o tempo foram ocorrendo mudanças, no sentido de que, por um lado desenvolvem-se novas máquinas mais velozes para impressão e o sistema de informação revoluciona-se com o telégrafo, mas por outro, a subordinação da empresa jornalística a economia de mercado lhe entrega a interesses diversos que passam a influenciá-la.



Na medida em que os meios de comunicação alcançam expansão, a televisão comercial conquista uma influência preponderante, ao passo que as mídias buscando atingir camadas mais elevadas, atingem também as mais inferiores de buscam identificação com as superiores pelo seu estilo consumo.

Nesse cenário, os Direitos Humanos surgem como direitos liberais, que orientam a construção das garantias individuais, essências para construção do Estado Democrático de Direito, mas também que auxiliam na construção de valores que estão plasmados no espaço público e na consciência do cidadão e norteiam a escolha e comportamento do consumidor.

Segundo o professor Allen M. W., professor da Victoria University of Wellington, na Nova Zelândia, o consumidor tem sido orientado por uma metodologia sócio-cognitiva, onde os valores refletidos são transmitidos através do processo midiático, porém sem lhe furtar o benefício da aparente decisão final.

Existe uma intensa ponderação de valores do consumidor, que se traduzem no tempo de procura, em meio às quantidades de marcas e outras variáveis. Não necessariamente a variedade de marcas que retarda o tempo da procura, mas o conhecimento do consumidor acerca dessas marcas é que define reduz essa margem.

O comportamento de procura do consumidor é norteado pela busca antecipada de informações acerca do produto, levando em consideração valores como os preços, boa qualidade das mercadorias e o equilíbrio desse binômio é convertido como um valor desejável. É nesse momento que a publicidade atua, levando informação acerca do produto, mas também agregando valores humanos, como: liberdade, status, confiança, autonomia, segurança, prazer, boa-fé e etc.

Muitas das vezes, existe uma distância da informação dos valores agregados aos produtos e a constatação na sua utilização. Para evitar essas distorções, os Estados Liberais passaram a estruturar normas em defesa dos direitos fundamentais dos consumidores. Um pressuposto normativo, com mandamentos éticos para publicidade, que a princípio colocaria limite nos interesses de grandes corporações privadas.

Nesse contexto, a constituição brasileira de 1988, entre outros direitos, tratou o Direito do Consumidor como norma de eficácia limitada, cuja aplicação dependia da criação de lei específica. Trata-se de uma garantia individual contra o poder burguês, mas que deveria ser construída ao longo da história da democracia brasileira.

Para os profissionais de marketing, certos produtos se transformam em signos, ou ícones de certos países. É impossível não associar a Ferrari a Itália ou o vinho do porto a Portugal, no entanto, o que mais impressiona na chamada sociedade de consumo é a evolução constante na área tecnológica, criando novas necessidades e fazendo com que produtos antes

mesmo de seu lançamento se tornem uma necessidade. Pessoas dormem em filas por semanas na intenção de ser uma das primeiras ou a primeira a adquirir certo bem de consumo.

Fica claro o quão vulnerável é o consumidor no mercado de consumo, de modo a tutelar esse indivíduo que de centro na atividade de consumo, tendo seus desejos manipulados pelos fornecedores de produtos e serviços. Como dito, o indivíduo numa ótica contemporânea passa a valer mais pelo que tem e não pelo que é. Este conceito é ligado ao que os publicitários chamam de fator cultural.

Por essa razão, surge a necessidade de análise do tema abordado, demonstrando que os direitos da personalidade podem ser afetados, sem que haja percepção. Com isso pressupomos uma ampliação da autonomia da vontade, alteridades e dignidade. Não é preciso ir longe para que se enxergue a iniciativa publicitária contemporânea, como agente danoso a autonomia da vontade, quando exerce a manipulação das massas e da sua opinião. Neste sentido, o “compliance” na área midiática surgiria como instrumento de controle, evitando lesões a autonomia de cada indivíduo e estabelecendo um código de conduta, sem contudo afetar o direito à liberdade de imprensa e expressão.

A ação publicitária afeta a liberdade de escolha dos indivíduos, principalmente quando manipuladora e falsa, pois interfere diretamente na autonomia da vontade do consumidor. Com isso temos a formação de valores de consumo pelas agências de publicidade, sem um acordo coletivo envolvendo os consumidores. Trata-se de uma questão sensível, já que as fontes basilares do Direito impõe a necessidade de um diálogo de sistemas jurídicos, focado na preservação da liberdade de imprensa e liberdade de escolha do consumidor. São direitos da personalidade essenciais de cada cidadão, que passam a ser cerceados, quando a sociedade se furta desse debate com a narrativa publicitária.

Assim sendo, o CDC protege o consumidor dos fornecedores de produtos e serviços, mas não das agências criadoras da narrativa publicitárias. Doravante, surge a necessidade de discussão de um mandamento ético que seja amplamente discutido com a sociedade, com a finalidade de direcionar a narrativa das campanhas publicitárias, que atualmente propaga o seu discurso publicitário, com valores baseados em sonhos ou desejos liberais.

## BILIOGRAFIA

- ALLEN, M. W. “A Practical Method for uncovering the Direct and Indirect relationships between humans values and consumer purchases”. *Jornal of Consumer Marketing*. Colorado. V.18, n. 2. p. 102-114. 2001.
- ALVES DE OLIVEIRA, Igor Chiesse. *A força da Publicidade na cultura do consumo*. 2010 disponível em <<http://www.partes.com.br/reflexao/publicidade.asp>> acesso em 2/3/2012.
- AMBRÓSIO, Vicente; SIQUEIRA, Rodrigo. *Plano de marketing passo a passo: serviços*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2002.
- ANDRADE, Ronaldo Alves. *Curso de Direito do Consumidor*. Ed. Manole, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto*. São Paulo: Ática, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2008.
- BUITONI, Longinotti; LUIGI, Gian. *Vendendo sonhos: como tornar qualquer produto irresistível*. São Paulo: Negócio, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. In: \_\_\_\_\_ . *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2010.
- LACERDA, Plínio. A Porta Giratória Bancária – Constrangimento – Prática Abusiva – Código de Defesa do Consumidor. 2001. <https://jus.com.br/artigos/2051/porta-giratoria-bancaria-constrangimento-pratica-abusiva-codigo-de-defesa-do-consumidor>
- MARQUES, Claudia Lima e BEJAMIN, Antônio Herman. *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, 2008.
- PAUSEIRO, Sérgio. Direitos Humanos e Valores de Consumo na Narrativa Publicitária. In Anais do I Seminário do Consumidor. 2015.
- STRASSBURGE, Damaris. Valores de consumo e narrativas publicitárias das marcas: o caso da Pepsi. *Conexão – Comunicação e Cultura – UCS*, Caxias do Sul. VI. 11, n.º 21, Janeiro/ Junho 2012.
- FLOCH, J. M. *Semiótica, marketing y comunicación: bajo los signos, las estrategias*. Barcelona: Paidós, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. Notas Programáticas para a Fundamentação de uma Ética do Discurso. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2007.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHWERINGER, Ernesto René. *A força da Publicidade na cultura do consumo - Comportamento do Consumidor - Identificando Desejos e Supérfluos Essenciais*. São Paulo: Saraiva. 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2º Edição, Atlas. 2018.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito do Consumidor; Direito Material e Processual. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2013.

TENÓRIO, Fernando Guilherme e KRONEMBERGER, Thais Soares. Gestão Social e Conselhos Gestores. Volume 3. Editora FGV/RJ. Rio de Janeiro, 2016.

# MODERNIDADE OU PÓS-MODERNIDADE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS E ANTHONY GIDDENS.

Marcella da Costa Moreira de Paiva  
Newton Augusto Cardoso de Oliveira  
Edson Alvisi Neves

Resumo: Este texto trata das controvérsias que cercam o debate acerca do que seria a Modernidade e seus limites temporais, bem como o que seria a Pós Modernidade. Tendo como balizamento as reflexões de Jürgen Habermas e Anthony Giddens no contexto de um debate sobre os desafios do Direito do Consumidor na contemporaneidade. O texto também dialoga com diferentes vertentes das Ciências Humanas buscando nelas seu suporte para defender a ideia de que a Modernidade e a chamada Pós Modernidade somente serão devidamente caracterizadas no contexto desse diálogo. Por fim o texto aponta que o Direito do Consumidor, dependendo do ângulo de abordagem, pode ser entendido como um sucedâneo as questões que fundaram o Direito Civil na perspectiva da construção da Cidadania

Palavras-chave: Modernidade. Pós Modernidade. Direito do Consumidor. Modernidade Tardia. Limites do Consumeirismo.

ABSTRACT: This text is concerning the controversies that surround the debate about what was Modernity and its temporal limits, as well as what would be Post Modernity. Having as a basis the reflections of Jürgen Habermas and Anthony Giddens in the context of a debate about the challenges of Consumer Law in contemporary times. The text also dialogues with different aspects of the Human Sciences seeking their support to defend the idea that Modernity and the so-called Post Modernity will only be properly characterized in the context of this dialogue. Finally, the text points out that Consumer Law, depending on the angle of approach, can be understood as a substitute for the issues that founded Civil Law from the perspective of the construction of Citizenship

Keywords: Modernity. Post Modernity. Consumer Law. Late Modernity. Limits of Consumerism

## INTRODUÇÃO

É cediço que existe uma gama de conceitos distintos de modernidade, havendo distinções, inclusive, dentro dos próprios ramos do conhecimento, como Filosofia, Sociologia e História. Na Filosofia, de forma geral, a Modernidade é entendida como processo de ascensão da razão, e do rompimento com as compreensões mágicas do mundo. Na Sociologia, por seu turno, inaugura um processo de racionalização e instrumentalização das instituições sociais em prol das formas de reprodução capitalistas.

E do ponto de vista da História a Modernidade é entendida como o momento em que é gestado e nasce o Capitalismo.

## PROJETO DE MODERNIDADE

O conceito de modernidade é distinto quando tratado sobre a perspectiva histórica ou sociológica, havendo, inclusive, divergência dentro destes campos do conhecimento. Deste modo, serão apresentadas ambas as visões para enriquecer o debate entre

modernidade e pós-modernidade.

Mediante o prisma sociológico, a modernidade é vista como um processo que promoveu alterações na compreensão de mundo, a partir de dois pontos principais: a secularização e a racionalização.

A secularização consiste no rompimento com as bases religiosas e míticas que significavam o mundo ocidental até o movimento iluminista. Tal desenvolvimento das ciências naturais e humanas promoveu um choque com o teocentrismo.

O confronto da Igreja com as ciências naturais, a exemplo do criacionismo e do darwinismo, resultou em um processo de desmistificação da compreensão do mundo, mediante o desenvolvimento científico (FLICKINGER, pp. 36-37). Esses aspectos, em conjunto com a racionalização da política e a ideia de dignidade humana, acarretaram a substituição da perspectiva teocentrista por uma antropocentrista.

Em Weber Racionalização é “toda e qualquer ampliação de saber empírico, da capacidade prognóstica, do domínio instrumental e organizacional de procedimentos empíricos” (HABERMAS, 2012, p. 291). A razão se tornou, assim, a fonte da produção de conhecimento, da significação do mundo e da organização da sociedade.

Na História, o conceito de Modernidade nasce na esteira das reflexões sobre os tempos surgidos a partir do final do século XVIII na Europa Ocidental, embora haja divergências sobre o ponto inicial. Nesse âmbito, o movimento iluminista a Revolução Francesa e conforme nos ensina Hobsbawm a Revolução Industrial inglesa são considerados eventos chave para o período em questão (HOBSBAWM, 2009).

Considerando a relevância do iluminismo para a discussão, inicia-se a abordagem a partir do denominado “projeto iluminista de modernidade”, trabalhado fortemente na Filosofia e na Sociologia. É cediço que o movimento começa a sua caminhada no século XVII, colhendo os frutos da ascensão da burguesia e do Renascimento, com a valorização das ciências e da ideia de liberdade na economia e na política.

Jürgen Habermas, ao tratar deste projeto, destaca o seguinte:

“O projeto da modernidade, formulado pelos filósofos do Iluminismo no século XVIII, consiste em desenvolver, de maneira imperturbável, as ciências objetivas, a base universalista da moral e do direito, e a arte autônoma, respeitando as respectivas lógicas. Ao mesmo tempo, insiste em revelar os potenciais cognitivos, que vão se acumulando, liberando-os de suas formas esotéricas, para utilizá-los na práxis, ou seja, para uma estruturação racional das condições de vida” (HABERMAS, 1984, p.453).

O iluminismo resulta em uma valorização do sujeito, do princípio da subjetividade, sendo reconhecido como indivíduo, dotado de autonomia, liberdade, vontade e, conseqüentemente, de razão. Com isso, entende-se que todos os seres humanos devem ter

assegurando sua dignidade humana, ou seja, reconhecidos como sujeitos de direitos e de deveres.

O projeto em questão envolveu o crescimento da ciência moderna, com o aparecimento das divisões entre as ciências e das suas metodologias próprias. A produção de conhecimento na modernidade, a partir do uso de métodos e da razão, teve especial relevância para a formação da compreensão de mundo no processo em questão. Weber vislumbra os procedimentos de aprendizagem racionalizados dotados de reflexividade crítica que podem ser institucionalizados cientificamente, caracterizados por: “objetivação metódica da natureza e se estabelecem pela improvável combinação entre o pensamento discursivo instruído escolasticamente, a formação teórica de cunho matemático, a atitude instrumental diante da natureza e o trato experimental com ela” (HABERMAS, 2012, p. 291). Esses aspectos das ciências naturais contribuíram para o Renascimento e para a Reforma Protestante, à medida que serviam para a economia com o desencantamento histórico-religioso e a instrumentalização da natureza (HABERMAS, 2012, p. 292). Por conseguinte, “(...) entende a ciência moderna como um poder que atua sobre o destino da sociedade racionalizada” (HABERMAS, 2012, p.293).

Adicionalmente, resultou na libertação dos conceitos ético-morais relacionados com aspectos mítico-religiosos. Com efeito, gerou uma fragmentação ética, com o aparecimento de diversas compreensões de bem viver compartilhadas por grupos.

A liberdade política e a liberdade econômica também estavam na base do projeto, era necessária uma estrutura de Estado que viabilizasse o desenvolvimento do capital. Assim, bastava a garantia da igualdade jurídica e a não intervenção na economia. Com isso, possibilitava-se a formação de uma organização sócio-política para o capitalismo que estava engatinhando no período.<sup>298</sup> A ausência de sistema feudal, com o trabalho campesino sendo remunerado por meio de moradia e subsistência, permitia a criação de uma classe de trabalhadores e, também, de consumidores.

## 2. MODERNIDADE

Para iniciar o debate sobre Habermas e modernidade, vamos inaugura-lo aqui com Karl Marx. Esse pensador define a Modernidade como o tempo e a parteira do Capitalismo nascente. Inicialmente como Formação Econômico e Social que enfeixa e cria condições para a sua consolidação através de um novo Modo de Produção. O modo de produção possui

---

<sup>298</sup> Deve-se notar que para o campo do Direito nesse contexto histórico temos a seminal figura de John Locke. Pai do individualismo liberal, Locke vai a partir da teoria dos direitos naturais do homem (jusnaturalismo) dar estatuto e justificativa para que vida e liberdade sejam igualadas à propriedade privada, como parâmetros de estabelecimento do Contrato Social. Cf: MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C.. (org.) Os Clássicos da Política. São Paulo, Editora Ática, 2004, vol. 1

dois aspectos inseparáveis: as forças produtivas — que expressam a relação entre os homens e a natureza — e as relações de produção — que expressam a relação dos homens entre si no processo de produção dos bens materiais. Entre as forças produtivas da sociedade estão os instrumentos de produção e os homens que os põem em movimento e realizam a produção de bens materiais graças a determinada experiência de produção e aos hábitos de trabalho. Logo para orientar uma análise decorrente das relações de consumo e suas regras legais, essa dimensão torna-se fundamental para que possamos ser percucientes.

No Manifesto Comunista escrito sob os influxos parturientes das Revoluções de 1848 na Europa, Marx tem uma frase-síntese para o conceito de Modernidade: “Tudo o que é solido se desmancha no ar”. Essa frase poética e ao mesmo tempo poderosa em sua força levou ao pensador estadunidense Marshall Berman a escrever o seu mais divulgado trabalho tendo-a por mote. Nas palavras de Berman:

“Há um modo de experiência vital — experiência do espaço e do tempo, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida — que é hoje em dia compartilhado por homens e mulheres em toda parte do mundo. Chamarei a este corpo de experiência modernidade. Ser moderno é encontrarmo-nos em um meio-ambiente que nos promete aventura, poder, alegria, crescimento, transformação de nós mesmos e do mundo — e que, ao mesmo tempo, ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que conhecemos, tudo o que somos. Ambientes e experiências modernos atravessam todas as fronteiras de geografia e de etnias, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: neste sentido, pode-se dizer que a modernidade une todo o gênero humano”.

Seguindo na trilha de Berman temos que pelo mercado mundial capitalista, "em perpétua expansão e drasticamente flutuante" os processos ocorridos então serão chamados por ele, modernização sócio econômica. A partir da experiência nascida com a modernização surgiu, o que ele descreve como a espantosa variedade de visões e ideias que visam a fazer de homens e mulheres os sujeitos ao mesmo tempo que os objetos da modernização, a dar-lhes o poder de mudar o mundo que os está mudando, a abrir-lhes caminho em meio ao turbilhão e apropriar-se dele — visões e valores que acabaram por ser agrupados frouxamente sob o nome de modernismo.

Por sua vez a teoria crítica desenvolvida por Habermas pode ser compreendida como a mais modelar oposição aos chamados teóricos da pós-modernidade. Segundo Habermas a questão central da Modernidade é a sua racionalidade.<sup>299</sup> Nessa medida sem encontrar

---

<sup>299</sup> Cabe indicar que o pensador brasileiro, Diplomata Sergio P. Rouanet, tem interessantes e argutas considerações a partir dessa visão de Habermas sobre a emergência da chamada pós modernidade. Retomando as ideias de pensadores clássicos da era contemporânea, Rouanet identifica a emergência de um novo irracionalismo e propõe, como resposta, não o abandono da razão iluminista como defendia o pós-modernismo, mas a sua refundação. Vai distinguir o Iluminismo da Ilustração, retomando uma abordagem que remete às reflexões de Adorno e Horkheimer. A Ilustração se situa cronologicamente no século 18, ao passo que o Iluminismo seria uma tendência trans-epocal, que perpassa toda a história da modernidade, atingindo seu ponto de maturidade na Ilustração, mas não cessando nela. Rouanet propõe que autores como Erasmo, Marx, Freud e



uma nova *ratio* para os tempos de capitalismo avançado e hodiernamente de hipercapitalismo, ou capitalismo digital significará que sem esse achado não se tem uma nova racionalidade. Mas o que vemos, na esteira do seu pensamento de tradição frankfurtiana é que nos tempos atuais expandem-se cada vez mais a racionalidade instrumental, conceito que é um dos pilares da Escola de Frankfurt pelo menos desde Adorno e Horkheimer em meados do século passado.

Habermas se apresenta no âmbito do pensamento como aquele que defende que o projeto de modernidade está incompleto, inacabado. Ele opõe a razão inacabada a ideia de fim da modernidade.

A ideia de Modernidade habermasiana encontra sustentação histórica no citado Berman. Segundo esse autor modernidade não é somente um processo econômico muito menos se restringe a uma visão cultural. Ela é a experiência histórica, que faz a mediação entre essas duas dimensões.

Ainda segundo ele quem faz a mediação entre essas dimensões é o desenvolvimento. Ele tem uma dupla dimensão. De um lado, refere-se às gigantescas transformações objetivas da sociedade desencadeadas pelo advento do mercado mundial capitalista.

De outro refere-se às imensas transformações subjetivas na esfera da vida individual e da personalidade que ocorrem sob seu impacto. Ou seja, um exponencial crescimento dos poderes do homem e uma amplificação sem par da experiência humana.

Habermas assevera que a modernidade consiste em um projeto inacabado, não é nem fracassado nem superado, apresentando ainda potenciais emancipatórios a partir da ação comunicativa<sup>300</sup>. Com isso, estaria presente a ideia de emancipação e de dominação da modernidade. A emancipação estaria inicialmente na superação das bases tradicionais advinda da religião e na possibilidade de libertação a partir da racionalidade comunicativa.

A dominação, por seu turno, estaria na estruturação de uma base para o fortalecimento do capitalismo, de modo que os campos social, cultural, moral e político formassem uma organização que limitou os indivíduos a ideia de produção e circulação de bens e serviços e de consumo.

Houve a transferência da compreensão de mundo do plano da tradição cultural para o do agir social, que pode ser verificada pelos movimentos sociais, pelos sistemas de ação culturais e pela institucionalização do agir racional-teleológico (HABERMAS, 2012, pp.

---

Adorno são todos iluministas, tendo em comum a crítica aos valores transcendentais ancorada na razão, que eles identificam não como uma força cega, mas como instrumento de contestação e emancipação. Ele retoma o princípio de que somente a razão é crítica e que pensadores como Marx e Freud nos mostraram que ela não é soberana, mas está sujeita a condicionamentos históricos, materiais e psíquicos, logo a contestação da razão iluminista pelo pós-modernismo é injustificável, pois todos os elementos do pós-moderno já estavam presentes na modernidade. Cf: ROUANET, Sergio P. As Razões do Iluminismo. SP. Cia das Letras. 1987.

<sup>300</sup> Na teoria da ação comunicativa habermasiana, o autor defende a possibilidade de emancipação na razão voltada para a compreensão mútua, sem atitude objetivante. em que não se busca um fim ulterior à ação. Esta forma de agir se torna possível mediante um panorama linguístico.

384-385). No que diz respeito aos sistemas de ação culturais, foram saindo gradativamente da Igreja, que também possuía competência sobre as questões morais- práticas, pois apareciam disciplinas científicas, um espaço público jurídico e um meio artístico organizado a partir do mercado (HABERMAS, 2012, p. 385). Ambos se organizam a partir da concentração dos meios objetivos pelos empresários, condição para a institucionalização do agir-racional teleológico, que vai pautar a pesquisa de Weber sobre a racionalização social (WEBER, 1964 *apud* HABERMAS, 2012, pp. 386- 387).

Nesse sentido, “A racionalização social consiste no prevalecimento de subsistemas do agir racional-teleológico a saber, na figura do empreendimento capitalista e da instituição estatal moderna” (HABERMAS, 2012, p. 388). Neste ponto, Habermas se aproxima do entendimento de Marx, mas distancia-se do autor quanto ao caráter do capitalismo tardio e avançado, que serão abordados no segundo tópico.

Há um processo de normatização do agir racional-teleológico que se refere a uma forma de integração social, exigindo uma ética do sentimento moral, que impulsiona a inserção das orientações racional-teleológicas no sistema da personalidade, um sistema cultural, que garanta a reprodução dessas orientações, e um sistema jurídico formalista e coercitivo legitima a forma de ação (HABERMAS, 2012, p. 388). Para Weber, estes aspectos são resultado da racionalização ética das imagens de mundo, que resultou, com o desencantamento, em estruturas da consciência e na implementação da ética da consciência, a qual garante o agir econômico (HABERMAS, 2012, pp. 388- 389; p. 393).

Por conseguinte, a institucionalização do agir econômico na sociedade capitalista se realiza a partir do contributo do sistema cultural pautado em uma ética protestante e do direito moderno, gerando a racionalização social com a legitimidade do agir racional-teleológico (HABERMAS, 2012, p. 392). Deste modo, a modernidade possui um aspecto de emancipação das visões de mundo mítico-religiosas, possibilitando a universalização da ideia de dignidade humana, e apresenta a dominação a partir da racionalização social gerada pelas formas de reprodução capitalistas.

A outra face da moeda, já que dialeticamente toda moeda tem duas faces, este mesmo avanço do desenvolvimento econômico capitalista também gera alienação e atomização na sociedade, impactada por uma empedernida exploração econômica, inaudita, provocada pela mercantilização do trabalho e uma fria indiferença social, capaz de destruir cada valor cultural ou político cujo potencial ela mesma despertou. De igual modo, na dimensão psicológica, esse novo cenário só poderia significar, nestas condições, profunda desorientação e insegurança, frustração e desespero, ao lado paradoxalmente de um senso de expansão e regozijo, novas capacidades e sentimentos, liberados ao mesmo tempo.

Anthony Giddens (1991, p. 11), por seu turno, conceitua modernidade como “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Na leitura de Giddens (1991, p. 16), há três características principais da modernidade: o ritmo de mudança; o escopo de mudança e a natureza intrínseca das instituições modernas. A primeira característica se refere as rápidas descontinuidades geradas, em comparação as que ocorrem em sociedades tradicionais.

Giddens, absorvendo a teoria de Durkheim, ressalta o industrialismo e o seu processo de objetificação da natureza e de transformação do mundo como um dos fatores essenciais do processo em tela, ao lado do capitalismo. Ambos foram fundamentais para a promoção de alterações nas instituições modernas.

Cumprir destacar que a ideia de modernidade aqui apresentada – de Jürgen Habermas e de Anthony Giddens, não possui relação com a perspectiva de evolucionismo social. Para tal teoria, a história teria um desenvolvimento linear, partindo de sociedades primitivas para a formação de Estados sociais. Contudo, a modernidade apresenta efeitos e consequências desiguais nas diferentes sociedades.

Por exemplo o século XIX, na leitura de Boaventura Santos (1995, pp. 227-228), foi aquele em que as contradições do projeto da modernidade - entre solidariedade e identidade, justiça e autonomia, igualdade e liberdade - se intensificaram, frente ao capitalismo liberal e à exclusão social e à concentração de renda geradas por ele. Posteriormente, segue a sociedade de classes e se expande o modernismo cultural, que demonstra os aspectos desse processo na racionalidade estético-expressiva (SANTOS, 1995, p. 231).

Boaventura Santos (1995, p. 225) diverge do entendimento de Marx sobre o começo da modernidade, de modo que sustenta que se iniciou antes do capitalismo. Adiciona ainda que deve chegar ao seu esgotamento antes do fim do modelo capitalista. Verifica-se o enfraquecimento da razão como forma de estabelecer conexões de cunho moral-prático (SANTOS, 1995, p. 236).

A modernidade assim foi um processo de emancipação das possibilidades e da sensibilidade do homem, desacorrentando o eu individual, que liberto da fixidez do status social e da rígida hierarquia de papéis característicos do mundo pré-capitalista, destrói, na Europa Ocidental, a golpes de marreta sua moralidade estreita e seu limitado raio de imaginação.

## MODERNIDADE TARDIA E SUAS VARIAÇÕES

O debate em modernidade e pós-modernidade na Filosofia apresenta uma posição intermediária em que se entende que estamos em um período de transição entre as duas, com o aparecimento de um novo sistema social, sendo denominado por alguns de “sociedade da informação” ou “sociedade de consumo” (GIDDENS, 1991, p. 11).

Anthony Giddens (1991, p. 13) sustenta que nos inserimos em um período de consequências da modernidade, em que há a intensificação de algumas questões que já eram aparente na modernidade e a mundialização destas.

A modernidade, no final do século XX, tem uma nova guinada da reflexividade pela intensificação da globalização causada pelo industrialismo e pelo avanço da tecnologia de informação. A reflexividade consiste na constante reforma de informações e teorias. Esta se fortifica na modernidade com o aparecimento do método científico e a ampliação da produção de conhecimento, mas a agilidade de disseminação de dados se expande ainda mais com a globalização e a rede mundial de computadores.

Nesse passo, Giddens (1991) visualiza o industrialismo como essencial para a universalização das consequências da modernidade, ao passo que permite o avanço tecnológico e gera a divisão internacional do trabalho. Os países dividem-se no século XX entre aqueles em que estão situadas as matrizes das grandes empresas – primeiro mundo - e aqueles cuja mão-de-obra e recursos naturais são explorados – terceiro mundo.

As dimensões institucionais do período possuem quatro elementos principais: capitalismo; industrialismo; vigilância e poder militar (GIDDENS, 1991, p. 71). O capitalismo é o responsável pela racionalização e utilização dos meios de produção, alterando a organização social e temporal. O industrialismo interfere sob o aspecto espacial, de organização e urbanismo, promovendo a transformação da natureza. A vigilância, por seu turno, se refere ao controle da informação e à supervisão da sociedade, mediante o uso da tecnologia. O último é responsável pela industrialização da guerra e pelo controle dos meios de violência, o que resulta na possibilidade de destruição em massa.

A globalização também é dotada de dimensões, as quais são: sistema de Estados-nação; economia capitalista mundial; ordem militar e divisão internacional do trabalho (GIDDENS, 1991, p. 83). O primeiro está vinculado a ideia ainda presente de Estados com fronteiras, ainda que relativizadas, que criam e participam de e de tratados

organismos internacionais. A economia capitalista mundial é caracterizada pela circulação de bens e capitais internacionalmente, principalmente com o surgimento das empresas transnacionais. A ordem militar implica na necessidade de alianças e na ideia de inimigos externos. Por fim, há a divisão internacional do trabalho já mencionada acima.

Habermas trata das modificações presentes no período que Giddens atribui às consequências da modernidade como aspectos do capitalismo avançado<sup>301</sup>, caracterizado pelo aparecimento das empresas transnacionais, pelo capital anacional e pelos organismos internacionais.

Verifica-se uma desnacionalização em razão da globalização, que modificou o sistema econômico mundial (HABERMAS, 2001, p. 79). Implicou em modificações na segurança jurídica, na efetividade administrativa, na soberania do Estado territorial. Em adição, afetou a identidade coletiva, a legitimidade democrática do Estado nacional (HABERMAS, 2001, p. 87).

Jürgen Habermas identifica no cenário em questão, sob o ponto de vista da desnacionalização, uma afetação da relação privado-público no Estado, a transferência das consequências locais para internacionais de atitudes (ex.: caso do desastre de Chernobyl), a relativização de fronteira, a necessidade de ações globais e mudanças nas relações fiscais pela rápida circulação de capital (HABERMAS, 2001, pp. 87-88).

Passa-se, por fim, por um período do capitalismo desorganizado, com o aparecimento de sistemas de produção universais e da necessidade de políticas mundiais para a regulação do mercado, ocorrendo a precarização do trabalhador (SANTOS, 1995, pp. 233-234). Nessa fase, Boaventura Santos (p. 235) destaca aspectos semelhantes aos de Giddens e Habermas sobre, respectivamente, as consequências da modernidade e o capitalismo avançado. Nota-se a racionalidade instrumental na ciência, o crescimento da industrial militar e a ameaça de catástrofes ecológicas (SANTOS, 1995, p. 235).

Ulrich Beck possui uma leitura semelhante da fase em questão, porém denomina de modernidade reflexiva, ressaltando a reflexividade presente. Com a universalização dos traços do projeto de modernidade, não estaria ocorrendo a superação desta. Ou seja, “o sujeito dessa destruição não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental” (BECK, 1995, p.12).

---

<sup>301</sup> Para o autor, o capitalismo possui três fases principais: liberal, tardio e avançado. A primeira se refere à fase de livre mercado, sem interferência estatal. Depois da crise de 1929, o capitalismo vai se mesclando com o sistema político-administrativo, e o Estado passa a intervir na economia em prol do mercado.

O foco do autor está na incorporação do Oriente pela modernidade ocidental (BECK, 1995, p. 208). Adiciona ainda o caráter de constante reforma e revisão de informações presente, seguindo na mesma linha de Giddens. No entanto, destaca o aspecto do risco. Mediante a exacerbada industrialização, a produção de dejetos e o uso de recursos naturais, a sociedade enfrentaria cada vez mais riscos de desastres ecológicos (Beck *apud* Giddens, 2005, p. 679). Estaríamos, assim, em um momento da sociedade de risco, frente a industrialização do poder militar e o avanço tecnológico.

Em suma, nota-se que o período enfrentado atualmente, com a ameaça constante de possíveis guerras nucleares e com os desastres climáticos enfrentados, não seria indicativo de uma superação das bases modernas. Está diante de uma modernidade tardia em que se sofre com as consequências do projeto moderno.

No tocante ao âmbito consumerista, a fase em questão consiste em um momento de fortalecimento das normas de proteção do consumidor. O Estado toma para si a responsabilidade de regulamentação do mercado e, principalmente, o amparo aos interesses dos consumidores. Na esteira da necessidade de atuação conjunta dos Estados para regulação da economia, surgem as convenções internacionais para a sua defesa. Em 1985, nasceu na Assembleia Geral da ONU, mediante a Resolução 39/248, as Diretrizes das Nações Unidas para a proteção dos direitos dos consumidores, revisadas em 2016. O MERCOSUL seguiu essa tendência e editou em 1996 o Regramento Comum do MERCOSUL para a Defesa do Consumidor.

O Brasil também criou internamente um microssistema de proteção desse setor vulnerável a partir da Constituição Federal de 1988. Contudo, somente em 1990 que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, ampliando o comprometimento do país com a salvaguarda dos interesses e direitos dos consumidores.

Realça-se ainda a relação existente entre a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos consumeristas. Há uma preocupação da poluição causada pela produção e circulação de bens e serviços e as suas consequências para a população.

## PÓS-MODERNIDADE

Os avanços das forças produtivas a partir da consolidação do capitalismo, de acordo com sua dinâmica levou a sucessivos esgotamentos dos limites de sua combinação tecnológica. Em seu primeiro momento a sua base técnica era constituída

do ferro e do carvão e a sua materialização deu-se na máquina à vapor. Nesse tempo a Inglaterra se consolidou como o espaço geográfico por excelência de onde derivaram ou foram inspirados os principais liames legais da nova Formação econômico Social.

Posteriormente, no início do século passado essa base técnica chegou ao seu limite, não que tenha sido abandonada. Apenas do ponto de vista do desenvolvimento técnico chegou-se a um ponto onde encontrou-se limites. E, nesse momento, uma combinação de processo de trabalho e novas combinações de materiais vão proporcionar um salto tecnológico com todas as implicações dele decorrentes.

Se antes tínhamos uma sociedade que produzia bens de consumo, diferenciados somente pela sua qualidade e raridade, uma diferença que se dava no poder de aquisição, doravante, vai ser criado uma nova categoria de bens de produção: os bens de consumo duráveis.

A nova base tecnológica, aço e petróleo, vai materializar do outro lado do Atlântico Norte o rumo da nova fase do Capitalismo. Temos o início da civilização do automóvel, bem de consumo durável simbólico dos novos tempos. A combinação desses dois fatores aliados ao processo de trabalho em linha terá em Ford e A. Sloan, respectivamente seus condottieres. Essa pequena digressão é importante para contextualizar a gestação da sociedade de consumo contemporânea, pois foi de seu seio e de suas contradições e transformações que surge o Direito do Consumidor.

Serão Habermas e Giddens entre outros que irão cada um ao seu modo buscar perscrutar e criticar aqueles que na sociedade de bens de consumo duráveis<sup>302</sup>, vão tomá-la como expressão de um momento em que a modernidade lida com as contradições e as consequências de seu projeto. Entretanto, não entendem que houve superação da mesma pela inauguração de um novo período chamado de Pós-Modernidade.

Os teóricos que defendem a perspectiva de pós-modernidade compreendem que houve um esgotamento dos potenciais emancipatórios da razão, uma exaustão dos aspectos racionais que pautavam a sociedade e suas instituições. O final do século XX foi, para Boaventura Santos (1995, p. 225) um século de transição da modernidade para a pós-modernidade, em face das modificações das bases que sustentavam esse projeto.

---

<sup>302</sup> Foge aos modestos objetivos desse artigo aprofundar as tessituras das bases técnicas do capitalismo em suas fases. Baseamos nossas ideias sobre a criação da sociedade de bens de consumo duráveis (consumo da burguesia) em resposta ao esgotamento, natural, diga-se de passagem, da base técnica vigente. Essa divisão em três departamentos fundamenta-se nas análises de Marx e Kalecki (OLIVEIRA, 1977). O Departamento I é o produtor de bens de capital, aí incluídos os bens intermediários. O Departamento II é o de produção de bens de consumo para os trabalhadores. Os bens de consumo não duráveis. O Departamento III por fim produz para os capitalistas. São os bens de consumo duráveis.

Segundo o ângulo de visão de Nietzsche, a modernidade somente segue de forma mais radicalizada a racionalização presente já nas sociedades tradicionais (HABERMAS, 2000, p. 126). Compreende, assim como Heidegger, que é necessária a superação dos ideais iluministas, que se provaram como igualmente dominadoras (GIDDENS, 1991, p. 57).

Deve-se atentar para a distinção entre pós-modernismo e pós-modernidade, que são comumente confundidas. Pós-modernismo se refere ao âmbito estético, ao movimento ligado à literatura e à arquitetura (GIDDENS, 1991, p. 56). A pós-modernidade, por sua vez, significa que a “trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social” (GIDDENS, 1991, p. 56).

A modernidade possui alguns riscos, considerando as suas consequências, o quais são: o crescimento do poder totalitário<sup>303</sup>; o colapso dos mecanismos de crescimento econômico; a deterioração ecológica e a guerra em grande escala (GIDDENS, 1991, p. 186). Estes estão diretamente relacionados com as dimensões listadas no tópico dedicado as suas consequências. Para o autor, haveria algum ou vários destes eventos, gerando a necessidade de superação do projeto moderno. Este processo resultaria, assim, na inauguração da pós-modernidade.

Segundo Giddens, a ordem pós-moderna seria aquela em que há a superação das dimensões da modernidade apresentadas no tópico anterior, em face dos riscos supracitados. Com isso, seria pautada em quatro pilares: a participação democrática de múltiplas camadas; o sistema de pós-escassez; a desmilitarização; a humanização da tecnologia (GIDDENS, 1991, p. 178).

O sistema de pós-escassez seria estruturado a partir de uma ordem global coordenada, mediante uma ordem econômica socializada e de um sistema de cuidado planetário, com a superação da guerra (GIDDENS, 1991, p. 181). Para tanto, haveria o esgotamento de recursos naturais e da capacidade de absorção de poluição e de lixo do planeta, demandando o abandono das perspectivas capitalistas e industriais. Neste diapasão, não haveria mais a divisão internacional do trabalho, frente a prescindibilidade de produção de bens. Tampouco haveria uma ordem militar presente,

---

<sup>303</sup> Nesse contexto deve-se considerar que no caso concreto da América Latina essa dimensão totalitária nos aparece como expressão da chamada Colonialidade do Poder, manifestada na perspectiva eurocêntrica de visão que aqui é aplicada. Sobre isso ver: QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”. In: Edgardo Lander (ed.). **La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires, CLACSO. 2000.



já que seria necessária a cultura da paz e a atuação conjunta mundial para o cuidado com o meio ambiente.

Boaventura de Sousa Santos é um defensor da ideia de que estamos na pós-modernidade e diverge de Giddens sobre a necessidade um completo esgotamento dos aspectos da modernidade. O sociólogo português salienta que a modernidade não implica na existência do sistema capitalismo e, com isso, seu fim não depende do seu colapso (SANTOS, 1995).

O autor sustenta que o principal aspecto do projeto moderno está na existência de uma razão que se propõe como universal e, com isso, o fim da modernidade estaria na sua fragmentação. Nesta linha,

"(...) la idea moderna de racionalidad global de la vida social y personal acaba por desintegrarse en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable. Es posible reinventar las mini-racionalidades de tal forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse más bien en totalidades presentes en muchas partes. Esta es la tarea de la teoría crítica postmoderna" (SANTOS, 1995, p. 237).

Surgiria, com o aparecimento de miniracionalidades, uma grande rede de subjetividades, uma grande diversidade de identidades coletivas - o coletivismo do eu, o que acarreta a formação de diversas comunidades jurídicas e políticas (SANTOS, 1995, p. 247). O processo de formação de várias identidades coletivas pode se verificar na prática, por exemplo: *veganos*; *yogis*; *crossfiteiros*; *hipsters* etc. Os indivíduos com a valorização da subjetividade passaram a buscar grupos menores do que os nacionais para se inserir.

Há a fortificação dos bens pós-materiais, como a ecologia e a paz, com o aparecimento de grupos em defesa destes aspectos extraeconômicos, e da própria democracia participativa (SANTOS, 1995, p. 251). Tais redes de subjetividades também estariam relacionadas com a salvaguarda desses bens, como os movimentos negro, feminista, de proteção do meio ambiente. Deve-se adicionar aqui ainda os grupos dos consumidores conscientes, que averiguam se os produtos e serviços advêm de empresas que respeitam os direitos humanos, os direitos dos animais e o meio ambiente.

Há, ademais, uma tendência ao minimalismo jurídico, em face da multiplicação de subjetividades (SANTOS, 1995, p. 254). Vem em contraponto à fase legalista e positivista do direito enfrentada no curso da modernidade, em que se primou pela

codificação. Valoriza-se, nesse passo, o direito em ação, produzido pela e a partir da realidade social, com o intuito de aproximar o direito da sociedade (SANTOS, 1995, p. 256).

Ter-se-á verdadeiramente na época em que convencionou-se a chamar de Pós moderno, uma nova revolução tecnológica, nas bases do capitalismo que se estruturará sem a necessidade de uma base técnica material, já que a partir de meados dos anos 70 o processo de acumulação de capital vai começar a ser feito a partir do conhecimento. Conforme mapeia Castells (2003), é o início de formação da Galáxia da Internet.

Dentro de sua lógica de busca de aumento do capital fixo na sua relação inversamente proporcional com o capital variável, o uso cada vez mais intensivo do conhecimento como fonte de impulsionamento da sociedade capitalista, fará com que uma miríade de novos produtos e serviços surjam no mercado e nesse contexto cada vez mais o grande mediador será o novo mídia: a Internet.

Como o Capitalismo é uma sociedade de produção de bens de consumo o impacto cada vez maior do conhecimento aplicado, transformado em tecnologia e a velocidade dessas transformações, geram uma nova morfologia social que pela aparência e pelos seus impactos levará comentadores e pensadores a tomar a aparência pela sua essência.

O ‘consumo’ é um processo cultural, mas, a ‘cultura do consumo’ é única, porque é o modo prevalecente da reprodução cultural, desenvolvido durante a modernidade, no Ocidente. A cultura do consumo e a sociedade de consumo são áreas da vida social e princípios institucionais que, na prática, não se encontram, podendo ser desligados uns dos outros.

Como aduz argutamente Livia Barbosa, uma sociedade pode ser de mercado, mas, em relação à questão cultural, o consumo não é utilizado como principal forma de reprodução e diferenciação social. Nessas sociedades de mercado, o grupo étnico, o sexo, a idade e o status ainda representam o referencial do que deve ser usado e consumido.

Esses traços são presentes cada vez mais nos tempos atuais. A cultura do consumo é parte da própria edificação do mundo moderno.

Temos, contudo, uma diferença de base com Slater. Ele vai buscar diferenciar de forma quase absoluta a evolução da sociedade e a criação de uma cultura de consumo do desenvolvimento e esgotamento das forças produtivas. Entendemos que reside justamente aí o *locus* esclarecedor das dinâmicas das sociedades.

A Sociedade de Consumo é aquela que pode ser definida por um tipo de consumo, o consumo de signos. A essa vertente de pensamento, se filiam Fredric Jameson, Zygmunt Bauman, Jean Baudrillard, dentre outros. A cultura do consumo é a cultura da sociedade pós-moderna.

As questões tratadas têm caráter específico, como a relação íntima entre reprodução social e identidade; consumo e estilo de vida; signo como mercadoria; críticas negativas ao consumo como materialismo, superficialidade e perda de autenticidade nas relações sociais.

Em ângulo de abordagem distinto outro grupo de estudiosos entende que a Sociedade de Consumo englobaria características sociológicas que ultrapassam as fronteiras do consumo de massa e para as massas. São eles: Colin Campbell, Don Slater, Pierre Bourdieu, entre outros. Eles trabalham com temas que são desconsiderados pelo debate sobre pós-modernidade.

Podemos elencar (GOMES, BARBOSA, 2004): qual é a importância do consumo na condição de um processo que intermedeia as relações e as práticas sociais? Como o consumo se une a outras áreas da experiência humana? Qual o significado do consumo?

Portanto para entender o status quo ontológico do Direito do Consumidor ainda que trabalhe tendo como referência o conceito de Sociedade Pós-Moderna, Jean Baudrillard, argutamente vai definir o sentido do mercado e das relações que lhe advém nessa quadra histórica. Segundo sua ótica, o consumo de bens e serviços está inserido integralmente no comportamento humano e é tido como algo indissociável da sociedade contemporânea. Mais ainda a relação de importância em razão da utilidade do objeto transforma-se em uma relação de aquisição pelo significado dado ao produto pelo sujeito. A modernização da relação de consumo se dá quando o processo de indução às compras ocorre por meio de uma relação de símbolos, para atribuir 'valor' ao produto, já que a sua pura e simples utilidade – valor de uso – não é mais um condicionante.

Em resumo, esposar a ideia de Pós Modernidade significa desconsiderar que o que distingue o capitalismo não são suas manifestações fenomênicas. Há de se buscar entender sua racionalidade, que é advinda de sua base técnica, e a partir daí buscar desvelar os fenômenos e manifestações que se sucedem com autonomia, mas não desarraigados dessa base técnica.

Por isso Habermas e os Frankfurtianos, mas não somente eles, conseguem enfeixar claramente a lógica dos tempos de hoje. O que é chamado de Pós modernidade

é a expressão da racionalidade capitalista na sua lógica cada vez mais instrumental. E essa lógica instrumental nada mais é do que um reflexo, às vezes em uma sala de espelhos, do sentido basilar do processo de acumulação do capital.

Assim podemos afirmar que a Modernidade não morreu, ela mudou de morfologia.

## CONCLUSÃO

Afilia-se aqui a concepção trazida por Jürgen Habermas e por Anthony Giddens de que ainda estamos passando pelo processo de modernidade. Verifica-se o plano prático o acontecimento dos aspectos relatados pelos autores, como a necessidade de políticas mundiais para a regulamentação dos mercados, a reflexividade, a industrialização do poder militar e a vigilância social.

Nota-se, ademais, que não houve a completa superação das questões trazidas pelo projeto moderno, a secularização e a racionalização mantêm-se vigentes, bem como a racionalidade teleológica. Encontra-se a organização e a estruturação da sociedade e da política oriundos do modelo capitalista, que se apresenta em uma fase avançada, com as empresas transnacionais, o capital anacional e os organismos internacionais de regulação da economia. A globalização ainda se mostra presente, tanto no aspecto político-econômico quanto cultural.

Entretanto, há alguns indicativos de mudanças da ordem moderna, com o aparecimento de *start ups*, *lawtechs* e *fintechs*, a valorização de microssubjetividades e o crescimento do poder totalitário nos países. O planeta vem demonstrando sinais de esgotamento, com mudanças climáticas anormais e desastres ecológicos.

No tocante ao Direito do Consumidor, a modernidade segue produzindo os efeitos, inclusive, no âmbito cultural. Ainda é imprescindível a adoção de políticas internacionais de proteção dos interesses e direitos consumeristas, bem como é necessário a modificação da cultura do consumo que age como motor da industrialização, já que por trás do “inocente nascimento do Direito do Consumidor” estão imbricados temas como o declínio da cidadania civil e a consolidação de uma sociedade onde os limites da liberdade estão subsumidos às condições de se realizar de forma justa o ato de consumo.

A vida é muito mais que isto....

## BIBLIOGRAFIA

- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização Reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1995.
- BAUDRILLARD, J. A sociedade de consumo. Portugal: Edições 70.
- CASTELLS, Manuel. A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003
- FLICKINGER, Hans-Georg. A filosofia política na sombra da secularização. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2016.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade/Anthony Giddens; tradução de Raul Fiker. –São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. Sociologia. 4º ed. rev. atual. Trad.: Figueiredo, Alexandra; Baltazar, Ana Patrícia Duarte Baltazar; Silva, Catarina Lorga da; Matos, Patrícia; Gil, Vasco. Coordenação e revisão científica. Sobral, José Manuel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Lívia. Dossiê: por uma antropologia do consumo. Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia, v. 17, p. 09-90, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001
- HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação do capitalismo tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paula: Unesp, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo,1: racionalização e racionalização social. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo,2: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HANSEN, Gilvan Luiz. Modernidade, utopia e trabalho. Londrina: CEFIL, 1999.
- LUVIZOTTO, CK. As tradições gaúchas e sua racionalização na modernidade tardia [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 140 p. ISBN 978-85-7983-088-4.
- OLIVEIRA, Francisco. A Economia da Dependência Imperfeita. RJ. ed. Graal. 1977. P. 84-89.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. La Transición postmoderna. Derecho y política. *in* Motta, Cristina (org.), Ética y Conflicto. Bogotá, Colômbia: Ediciones Uniandes, 1995.