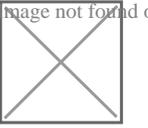




## Direito Comparado: Proteção aos vulneráveis e as insuficiências do Direito

As diversas crises do sistema capitalista no século XX, muitas vezes causadas ou agravadas pelos conflitos mundiais de 1914-1918 e 1939-1945 ou pelas guerras pós-coloniais, de entre as quais as mais expressivas foram as da Coréia, da Argélia e do Vietnã, refletiram-se em alterações normativas, com a criação de microsistemas ou de regimes de qualificação autônomos, ao exemplo do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, das leis do inquilinato, de leis específicas para idosos, crianças e outros vulneráveis. Essas transformações também receberam diferentes tentativas de explicação e de justificação teórica, as quais receberam diversos “selos” como a socialização ou a publicização do Direito, posto que, na atualidade, seja muito arriscado se utilizar dessas expressões sem riscos quanto à integridade e à coerência da exposição da matéria analisada. É sempre bom recordar que Anton Menger von Wolfensgrün, um dos célebres nomes da crítica ao Direito Civil clássico, foi um dos primeiros a censurar as ideias de Karl Marx. A ponto de ter sido publicamente contestado por Karl Kautsky, colaborador de Friedrich Engels, sob o argumento de que suas ideias depositavam uma fé irreal na capacidade de transformação do Direito. Segundo Kautsky, a “concepção jurídica” desenvolvida por Menger seria tipicamente burguesa e havia retirado Deus da centralidade do Direito e colocado, em seu lugar, o homem. O “direito humano” sucedeu ao “direito divino”, assim como o Estado teria substituído a Igreja.



Considerada essa limitação histórica desses “novos direitos do século XX”, pode-se dizer sobre eles que se lhes aplica a advertência do jovem Trancredi a seu tio, o príncipe de Salina, no clássico (também do século passado) *Il Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “A não ser que nos salvemos, dando-nos as mãos agora, eles nos submeterão à República. Para que as coisas permaneçam iguais, é preciso que tudo mude”.

Não é sem causa que todos nós expressamos um sentimento de impotência diante dos quotidianos abusos cometidos no âmbito de incidência de muitos desses direitos de caráter especial e protetivo, que se destinam a regular as situações jurídicas que fogem do paritetismo dos sistemas gerais. O fato de termos uma das melhores legislações de consumo do mundo não foi suficiente para que nos livrássomos das contínuas ofensas aos direitos asseguradas pelo Código de Defesa do Consumidor, uma das mais bem-sucedidas experiências normativas nacionais. As deficiências regulatórias talvez sejam as mais importantes causas da ineficácia protetiva das leis de proteção aos vulneráveis. Um exemplo disso é o novo selo de identificação dos assentos nas aeronaves. Ao entrar em um equipamento comercial para uma viagem interna, o passageiro poderá saber qual o padrão de largura e de distância entre os assentos, conforme um sistema de letras e de cores, semelhante ao que se encontram em eletrodomésticos para informar o nível de consumo de energia elétrica. Esse selo, uma determinação regulatória da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), é tão informativo quanto inútil. Saber o quão desconfortável será o voo é uma informação muito pouco relevante para um passageiro, que sofrerá em si mesmo os efeitos desse desconforto.

Se é verdadeira a premissa de que as normas dos direitos protetivos, ao menos na lógica e na organização do sistema capitalista, não conseguem resolver os conflitos sobre os quais pretendem



---

incidir, qual seria sua função? Podem-se identificar duas delas.

A primeira é simbólico-pedagógica. Ressalvadas as hipóteses de regulação capturada ou ineficiente, as normas protetivas legais (ou mesmo regulatórias) podem induzir mudanças de comportamento; formas alternativas de controle social de fornecedores; rejeições coletivas a produtos e a serviços ofertados por determinada pessoa jurídica; reforço nos mecanismos de *accountability*; alteração da cultura interna das empresas e perda do valor de mercado das corporações. Tanto maior a essencialidade dos produtos ou serviços, no entanto, tanto menor será o impacto dessa força simbólica e educativa das normas protetivas de consumo. O exemplo do transporte aéreo é eloquente: qual minha alternativa, diante de um duopólio no setor? Deixar de voar ou submeter-me ao transporte aéreo em um avião que ostenta o selo C ou D, na classificação da Anac para os assentos? A resposta é ociosa.

A segunda função das leis protetivas (especificamente de Direito do Consumidor) está na solução tópica, mesmo que não individual, de problemas gerados pela assimetria de posições técnicas (informações e conhecimento), econômicas e jurídicas entre fornecedores e consumidores. É a funda de Davi contra o poderoso Golias. O conhecimento e o estudo das normas de Direito do Consumidor também se prestam a ampliar o foco dessa segunda função, na medida em que permite o exame dos conflitos de maneira mais adequada e eficaz. Essa segunda função, que se pode dizer *corretiva*, é mais (re)conhecida pelas gentes. Seu efeito está nas milhares de sentenças proferidas diariamente e que modificam ou declaram abusivas cláusulas contratuais; reconhecem os direitos (legítimos) dos consumidores; retiram produtos inadequados, perigosos ou nocivos do mercado; asseguram a fruição de direitos e impedem a interrupções de outros tantos.

Há, no entanto, de se reconhecer um inevitável(?) e deletério efeito colateral da função corretiva dos direitos protetivos, especialmente os relativos ao consumo, que é o abandono da técnica jurídica em nome de um certo *moralismo interpretativo*. Se as normas protetivas são uma funda de Davi, cada Golias abatido é uma glorificação para quem lhe atinge com a pedra pontiaguda da Justiça. E nessa condição pretendem-se não apenas juízes, como todos os que atuam no sistema jurídico, figurando, na linha de frente, os doutrinadores.

As causas desse *moralismo interpretativo*, que tem encontrado a crítica sincera e de variegada origem ideológica nos textos e acórdãos de Lenio Luiz Streck, Paulo Roque Khouri, José Oliveira Ascensão, José Antonio Dias Toffoli, Claudia Lima Marques, Antonio Junqueira de Azevedo, Martônio Barreto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Bruno Miragem, Antonio Carlos Ferreira, Gabriel Nogueira Dias, Ingo Wolfgang Sarlet, José Antonio Peres Gediell, Torquato Castro Junior e outros igualmente notáveis juristas, podem-se inventariar com alguma dificuldade.

É certo, contudo, que a metáfora davídica, para além de sua expressividade e da força imagética das figuras bíblicas, é também reveladora da atualidade das discussões entre Menger e Kautsky. Não se pode querer que o Direito assumira um papel de divindade laica, capaz de resolver todas as injustiças de um sistema que é estruturalmente assimétrico, de onde, aliás, para muitos, ele consegue retirar sua própria superação e renovação contínuas. É preciso sempre recordar os limites históricos e materiais do Direito e sua inserção em dado sistema econômico.

A grande vantagem desse reconhecimento dos limites do Direito, especialmente os morais, está em se



deixar abertas as vias para o debate em fóruns democráticos não jurídicos. Seguindo-se uma estrutura de pensamento desenvolvida por Christian Edward Cyril Lynch,<sup>[1]</sup> por este colunista e por José Antonio Dias Toffoli<sup>[2]</sup>, no Império, o poder moderador era a chave para a solução dos conflitos regionais e de classes, o qual era combinado com a ação de órgãos como o Conselho de Estado, com a deliberada contenção do Exército e com a indicação de pessoas oriundas de províncias diferentes para ocupar a chefia civil e militar dessas unidades imperiais. Na Primeira República, o mecanismo tornou-se o Estado de Sítio. Após a Revolução de 1930, o protagonismo militar, que se havia ensaiado com o golpe republicano de 1889, tornou-se central no processo político. De 1930 a 1985, o Brasil assemelhou-se aos últimos estágios do Império Romano, com as legiões decidindo quem seriam os césores. Após 1988, o Poder Judiciário, sob a liderança do Supremo Tribunal Federal, assumiu grande parte dessas funções históricas anteriormente cometidas ao imperador, ao presidente (no estado de sítio) e aos militares.

A procura pelo Poder Judiciário, como disse Luiz Werneck Vianna, em uma das mais inteligentes metáforas que já ouvi, assemelha-se à ocupação da praça Tahrir pelo povo egípcio. As pessoas para lá se dirigiram porque acreditaram que naquele espaço (um espaço físico, mas profundamente simbólico) é que seriam resolvidos os conflitos que traram o Egito nos estertores da era Mubarak. Os cidadãos recorrem à Justiça porque é nesse espaço (mais simbólico do que físico) que lhes disseram, desde que foi aprovada a “Constituição-Cidadã”, haver um pote de ouro no final do arco-íris.

A vertigem desse novo poder, voltado para a defesa dos pobres e vulneráveis, com a carga simbólica herdada da monarquia, foi ampliada pela cooperação de um coro grego, a cantar loas em uníssono, que são muitos professores de Direito, incapazes de exercer seu ofício com a necessária e cívica função crítica, a nós atribuída pelo também insuspeito ideologicamente Friedrich Carl Freirrer [barão] von Savigny, em seu clássico *Sistema de Direito Romano Atual*.

As jornadas de junho de 2013, com as pessoas quebrando bancos, lojas de telefonia e outros símbolos da “sociedade de consumo”, que lhes apresentou um igualitarismo (pós-?)moderno sob a forma da aquisição permanente de bens supérfluos e de programada obsolescência, podem ter sido o indício de que esse modelo começa a se esgotar. A ausência de canais democráticos efetivos poderá conduzir para o radicalismo totalitário, à esquerda ou à direita, ou à reinvenção dos mecanismos de representatividade partidária, o melhor modelo de filtragem da vontade popular até agora existente. O certo é que as pessoas começam a despertar para os limites do Direito, especialmente no que se refere a campos nos quais a prometida desigualdade seria superada por meio de ações judiciais. Atrás da montanha, onde fica essa “praça Tahrir” simbólica, há um exército de Golias.

O esperado enfraquecimento desse *moralismo interpretativo*, que começa a despertar críticas doutrinárias, poderá permitir que o Direito se volte para o rigor técnico e assuma os custos argumentativos que lhes são inerentes. Eros Roberto Grau, a propósito, acaba de lançar a sexta edição refundida de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito* sob o título *Por que tenho medo dos juízes* (São Paulo: Malheiros, 2013), obra na qual ele expõe sua profissão de fé positivista. Segundo ele, enquanto não mudarem os tempos e surgir uma nova alvorada, ele continuará entoar o cântico de sua juventude, pois aprendeu que a última barreira de proteção do pobre é a objetividade, a igualdade e a cegueira da lei.

O respeito à técnica, às categorias, ao rigor teórico, menos do que um apelo fora de moda a um passado



perdido, é uma necessidade de que o Direito preservará os espaços duramente conquistados ao longo século contra o arbítrio da política (leia-se, dos poderosos, quaisquer que sejam os nomes que se lhes atribuem os povos, *Kaiser, imperator, negus*, xá, sultão ou presidente), da religião e dos supostos valores morais autônomos.

Os juízes, professores, advogados, membros do Ministério Público, enfim, todos os que oficiam perante essa deusa caprichosa e inatingível, a respeito de cuja existência milhares de pessoas no mundo não duvidam (até porque cursam faculdades de Direito e invocam-na nos templos em sua honra, que são os tribunais), são cada vez mais úteis e necessários no combate à mistificação do Direito. Não é preciso ser positivista, naturalista, culturalista, criticista ou historicista para assim o fazer.

[1] LYNCH, Christian Edward Cyril. *O momento monarquiano o poder moderador e o pensamento político imperial*. Teses de Doutorado. Programas de Pós-graduação do IUPERJ/Ciência Política. Rio de Janeiro, 2007.

[2] DIAS TOFFOLI, José Antonio Dias. O CNJ tira poderes das elites estaduais. Entrevista por Eumano Silva e Leonel Rocha. Revista *Época*, edição 712, p. 56-58, 9/1/2012.

#### **Date Created**

30/10/2013