

Código de Defesa do Consumidor não é paternalismo jurídico



Amanda Flávio de Oliveira
Professora

De tempos em tempos, retorna à discussão o argumento de que os direitos

do consumidor positivados em nosso ordenamento jurídico seriam expressão do “paternalismo jurídico”. Em muitas dessas ocasiões, identifica-se uma clara “atecnia” no emprego da expressão “paternalismo jurídico”, revelando claro desconhecimento de seu significado. Em muitas das ocasiões, o termo é utilizado de forma pejorativa, para assim identificar ações com as quais o sujeito discorda e que tenham elementos de ação protetiva.

Norberto Bobbio, em seu *Dicionário de Política*, já identificava os elementos com os quais o termo é confundido: paternalismo, na linguagem vulgar, é uma manifestação de autoritarismo, mesmo que benevolente^[1]. O mesmo autor, em outra passagem de sua obra, igualmente adverte para a ausência de neutralidade de todos os termos da linguagem política: “cada um deles pode ser usado com base na orientação política do usuário para gerar reações emocionais, para obter aprovação ou desaprovação de um certo comportamento, para provocar, enfim, consenso ou dissenso”^[2].

Bobbio também menciona a “ameaça” que o pensamento liberal historicamente identificou no Estado paternal e discorre sobre os inúmeros pensadores responsáveis por relacionar o poder paterno com o poder divino dos reis combatido pelos liberais^[3]. Se a Monarquia era a manifestação de um Estado paternal, combatê-lo era a missão dos defensores do Liberalismo.

O paternalismo também representou, na história da humanidade, uma ameaça real ao modelo capitalista que se buscou implantar no conjunto das bases do Estado Liberal. Mesmo quando já instalado o sistema capitalista, o paternalismo foi constantemente identificado como “a ameaça socialista”. Sobre o tema, Otto H. Kahn publicou, nos EUA, em 1919, a obra *The Menace of Paternalism (A Ameaça do Paternalismo)*, em que afirmava, de forma contundente: “From governmental paternalism to socialism is not a very long step” e “Nor, indeed, can paternalism and liberty exist side by side”^[4] (ou, em tradução livre: “Do paternalismo governamental ao socialismo não é um passo muito longo” e “Nem, de fato, o paternalismo e a liberdade podem existir lado a lado”). Kahn afirmava que as ideias paternalistas



teriam sempre o apoio dos que buscam popularidade, dos oportunistas, dos invejosos e até mesmo daqueles desejosos de uma Justiça social, mas que não examinam criticamente e à luz da razão a experiência que demonstra que por essa via se causará mais dano que bem à sociedade[5].

É de se reconhecer, porém, padecer Kahn do mesmo mal que aponta nos defensores do socialismo: a utilização de argumentos muito subjetivos, quase emotivos, para sustentar suas ideias. A contradição de seu discurso contra a ausência de embasamento racional das convicções paternalistas fica evidente no fundamento por ele utilizado para embasar as ideias liberais: “*I have complete confidence in the sober common sense of the American people*”[6] (“Eu tenho completa confiança no senso comum sóbrio do povo americano”).

Seja qual for a convicção ideológica do pesquisador, é seu dever contextualizar o problema sobre o qual pretende refletir no estágio mais contemporâneo de evolução das Ciências. Especificamente em relação ao Direito do Consumidor brasileiro, não é correto do ponto de vista científico proceder-se a uma avaliação sobre seu enquadramento em um modelo liberal ou paternalista de Estado desconsiderando-se tudo o que já se construiu desde Adam Smith e Stuart Mill sobre o comportamento humano no mercado. Tampouco se pode encarar a “ameaça socialista” com os mesmos olhos e os mesmos argumentos, tendo a experiência histórica fornecido tantos outros elementos para formação de uma crítica séria.

Fato é que no Brasil, não raro, verifica-se o emprego de forma atécnica da expressão “paternalismo jurídico” para se referir ao Direito do Consumidor aqui desenvolvido, ou a aspectos pontuais da efetividade da lei. O emprego é totalmente inadequado. Fruto de mandamento constitucional, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consiste em lei criada segundo um processo legislativo democrático e busca dar eficácia a um direito fundamental reconhecido em nível global. Sua aplicação sempre ocorre por meio de autoridades expressamente identificadas com essa competência. As decisões dessas autoridades sempre estarão sujeitas a recursos processuais, que asseguram a garantia de um novo olhar sobre o caso e permitem a correção de eventuais excessos praticados pelo julgador que, de forma condenável, tenha extrapolado os limites de proteção autorizados pela lei.

Do ponto de vista do fundamento para a proteção do sujeito de direitos, a lei informa textualmente ser a “vulnerabilidade do consumidor” a razão do tratamento protetivo conferido. De forma objetiva, deve-se registrar: i) consumidores são todos, indistintamente, que se encontrem em uma relação econômica em posição de adquirente ou vítima de um produto ou serviço, o que torna a categoria universal e não discriminatória; ii) a circunstância da “vulnerabilidade”, que torna uma parte merecedora de proteção em detrimento da outra, aplica-se a todos os que se encontram na posição de consumidores, indistintamente; e iii) outras áreas do saber, na contemporaneidade, já identificaram, testaram e produziram robustas pesquisas que comprovam a condição de vulnerabilidade em que as pessoas humanas se encontram, em diferentes circunstâncias de sua vida, mesmo que, por vezes, elas acreditem honestamente estarem tomando decisões racionais. A circunstância da vulnerabilidade não pode mais ser referida como mera “alegação”, sem embasamento empírico. Estudos contundentes demonstram a limitada racionalidade humana e seu comportamento “enviesado” no mercado[7].

Soma-se a isso a constatação de que, se a Constituição de 1988 consagrou o capitalismo em nosso país, ela não consagrou o Estado Liberal clássico, haja vista as disposições que regem a atividade econômica no país. Exemplo disso encontra-se no Título VII, destinado a disciplinar a Ordem Econômica (artigos 170 a 192), que estabelece como princípios norteadores a soberania nacional, a propriedade privada, a



função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas pelas leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país, numa perfeita convivência entre ideais liberais e sociais. Se capitalismo e liberalismo são ideias unidas por uma mesma gênese histórica, elas não se confundem.

Por outro lado, o reconhecimento dos direitos humanos pelas Constituições nacionais representa a maior revolução já experimentada pelo direito positivo^[8]. No evoluir da história da Humanidade e das instituições internacionais, os direitos de liberdade (também conhecidos como *civis e políticos*) foram os primeiros a merecer atenção. Entretanto, o mesmo evoluir dos fatos históricos conduziu à imperiosidade de se reconhecer uma outra espécie de direitos humanos, os chamados *direitos econômicos e sociais*, uma vez que, vivenciado o exercício dos direitos à liberdade, restaram evidenciadas as suas limitações e insuficiências. Os direitos econômicos e sociais resultaram, portanto, do exercício dos direitos políticos e civis, e significam a busca por um humanismo real, não ficcional.

Os direitos sociais e econômicos são compatíveis com o novo Estado que surgiu pós-crença no Estado Liberal clássico. Para sua realização, necessitam de prestação por parte do Estado e, por isso, pressupõem alguma forma de regulação ou regulamentação da liberdade. São eles, portanto, uma manifestação da superação do Liberalismo clássico, mas não podem ser referidos como uma política anticapitalista^[9]. Mesmo com a consagração desses direitos no ordenamento jurídico de um país que optou pelo capitalismo como sistema econômico, restam preservados a propriedade privada, o trabalho assalariado, a apropriação privada dos meios de produção e seu exercício com vistas ao lucro.

É aí que se enquadram os direitos do consumidor, no Brasil, codificados na Lei n. 8.078/90. São eles expressões de direitos humanos, constitucionalizados, disciplinados por lei, aplicados segundo um procedimento legal. Estão muito longe de representarem o autoritarismo, a opressão característicos dos tempos dos reis despóticos. Estão muito longe de representarem o retorno da ameaça socialista. São manifestações de direitos. Como bem adverte o professor português Cabral de Moncada: “Um nível adequado de prestações não é caridade. É um verdadeiro direito subjetivo”.

[1] Essa situação não causa estranhamento a Bobbio, para quem: “A linguagem política é notoriamente ambígua. A maior parte dos termos usados no discurso político tem significados diversos. Esta variedade depende tanto do fato de muitos termos terem passado por longa série de mutações históricas (...) A maior parte desses termos é derivada da linguagem comum.” BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora UNB, 1998, p. V.

[2] *Id. ibid.*, p. V-VI.

[3] *Id. ibid.*, p. 908.

[4] KAHN, Otto H. *The menace of paternalism*. The Constitution Review, 1919, v. 3, n. 114, p. 6-9.

[5] *Id. ibid.*, p. 13.

[6] *Id. ibid.*, p. 6.

[7] Recomenda-se, a esse respeito, fortemente, o estudo da Escola da Economia Comportamental (Behavioral Economics).

[8] Para Lorenzetti, os direitos humanos têm sido responsáveis por transformar totalmente o Direito. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decision judicial. Fundamentos de derecho*. Santa Fe:



Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 320.

[9] No mesmo sentido, CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 184.

Date Created

02/03/2016