



RELAÇÕES DE
CONSUMO

POLÍTICAS PÚBLICAS

ORGANIZADORES

Agostinho Oli Koppe Pereira
Luiz Fernando Del Rio Horn



RELAÇÕES DE
CONSUMO

POLÍTICAS PÚBLICAS

MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL

Alceu Barbosa Velho
Prefeito

Antonio Feldmann
Vice-Prefeito

Agenor Basso
Chefe de Gabinete

Dagoberto Machado dos Santos
Coordenador do PROCON

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Ambrósio Luiz Bonalume
Presidente

Carlos Heinen
Vice-Presidente

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Evaldo Antonio Kuiava
Reitor

Odacir Deonísio Gracioli
Vice-Reitor

Marcelo Rossato
Pró-Reitor Acadêmico

Fernanda Maria Francischini Schmitz
Diretora do Centro de Ciências Jurídicas

Edson Dinon Marques
Coordenador do Curso de Direito

Adir Rech
Coordenador do Curso de Mestrado em Direito

ORGANIZADORES

AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA
LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN

RELAÇÕES DE
CONSUMO

POLÍTICAS PÚBLICAS

6ª edição - internacional



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R382 Relações de Consumo: Políticas Públicas / Orgs. Agostinho Oli
Koppe Pereira e Luiz Fernando Del Rio Horn. - Caxias do
Sul, RS: Plenum, 2015.

Dados eletrônicos (1 ebook). (Relações de consumo, 6)

Apresenta bibliografia

Disponível também na versão impressa.

Modo de acesso: World Wide Web (<http://www.plenum.com.br/>)

ISBN 978-85-88512-66-5

1. Políticas públicas. 2. Relações de consumo. 3. Direito ambiental.
4. Biotecnologia : Responsabilidade civil. I. Pereira, Agostinho Oli
Koppe. II. Horn, Luiz Fernando Del Rio. III. Relações de consumo.

CDU: 304.4

Índice para o catálogo sistemático:

1. Políticas públicas	304.4
2. Relações de consumo	336.304.402
3. Direito ambiental	349.6
4. Biotecnologia : Responsabilidade civil	57.08:347.513

Catalogação na fonte elaborada pelo bibliotecário
Marcos Leandro Freitas Hübner – CRB 10/1253

CAPA
Neuza Zini - fotografia

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
CIÊNCIA CONSUMERISTA	
A modernidade e o hiperconsumismo: políticas públicas para um consumo ambientalmente sustentável <i>Agostinho Oli Koppe Pereira; Cleide Calgaro</i>	13
Diritto dei consumatori, diritto privato ed evoluzione storica della forma di stato in Italia e nella prospettiva del diritto europeo <i>Francesco Bilancia</i>	33
A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor <i>Leonel Severo Rocha, Ana Paula Atz</i>	73
La exigibilidad de los derechos del consumidor frente al constitucionalismo emergente <i>Enrique Uribe Arzate, Alejandra Flores Martínez</i>	99
A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas <i>Luiz Fernando Del Rio Horn, Selmar José Maia</i>	115
Políticas públicas de consumo sostenible en la Unión Europea <i>Álvaro Sánchez Bravo</i>	135
Interesses hegemônicos sobre as decisões locais em conflitos consumeristas <i>Henrique Mioranza Koppe Pereira, Rafael Lazzarotto Simioni</i>	157
Los derechos del consumidor en la legislación mexicana <i>Emir López Badillo</i>	185
A defesa do consumidor: políticas públicas e fortalecimento das estruturas que regulam as relações de consumo <i>Rogério Silva</i>	209
La presión del consumo sobre el medio ambiente: alimentos, producción agrícola y seguridad alimentaria <i>Armando Meraz Castillo e Laíse Graff</i>	225
Políticas públicas de inclusão digital no marco civil da Internet: condição à cidadania cosmopolita e à proteção do consumidor virtual <i>Têms Limberger, Luiz Fernando Del Rio Horn</i>	255
DESTAQUE	
Tendências do direito dos consumidores na União Europeia <i>Mário Frota</i>	289
POSFÁCIO	335

PREFÁCIO

Entre os anos de 2007 e 2008 foi idealizado e concretizado um espaço de publicação apropriado para a discussão reflexiva e problematizada do direito do consumidor e seus temas circundantes, então materializada na Revista das Relações de Consumo, obra de iniciativa do Procon Caxias do Sul, a comportar colaboradores locais em artigos científicos de enfrentamentos diversos.

O anseio do órgão de proteção e defesa do consumidor municipal pela investigação qualificada despertou o interesse direto da Universidade de Caxias do Sul, precisamente do seu curso de Direito, representado pelo grupo de pesquisa *Metamorfose Jurídica*.

A combinação de esforços, a partir da vontade comum dos participantes - Município e UCS - atrelada às ações de seus organizadores designados, resultou num projeto mais ousado e comprometedor: a criação de uma *Série*, editada em blocos de cinco obras, composto em unidades autônomas de publicação, mediante escolha de subtemas que serviriam de subtítulo a cada edição trabalhada.

O resultado não demorou a aparecer quando surgiu a agremiação de um patrocinador comprometido com o empreendimento cultural e social em combinação com o Núcleo de Artes Visuais - Navi, então empenhado em comunicar suas percepções dos temas complexos do consumo por meio da arte e técnicas de vanguardas alocadas nas capas e contracapas a serem trabalhadas. Com isso, foi lançada em 2009 uma primeira edição a contemplar o subtema “Meio ambiente”, com nove artigos científicos convertidos em capítulos provenientes de colaboradores locais e regionais, de corpo docente e discente, em plena sintonia com o curso de Mestrado em Direito Ambiental mantido pela Universidade de Caxias do Sul.

No ano seguinte, 2010 - ano de comemoração de duas décadas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor -, duas edições seguintes prestigiaram um número maior de participantes e suas angústias investigativas, tendo contemplado um raio muito além do regional, em subtítulos a comportar tanto o “Consumismo” como a “Globalização”.

Uma quarta edição focada no “Humanismo” surgiu no ano seguinte, com inédita participação de colaboradores de âmbito nacional, a entrelaçar

de uma vez por todas os direitos humanos e o direito do consumidor como próprio a um paradigma virtuoso e inalienável ao bem estar do ser humano.

Em 2013 têm-se a quinta publicação da Série, última do primeiro bloco de edições, a conjugar uma preocupação composta, própria dos tempos vigentes, espelhada na expressão “Tecnologia e meio ambiente”. Nesta fase agregou-se contribuição especializada de outras ciências, inovação que permitiu um aperfeiçoamento e prolongamento dos debates acadêmicos próprios do direito do consumidor e suas inter-relações com outros campos. Soma-se a isso o ineditismo quando da participação de colaborador muito além das fronteiras do Brasil, a catapultar uma futura projeção internacional para a Série.

Projeção essa que serviu de orientação aos organizadores quando da formatação de um novo bloco de publicações para a Série, novamente pautado em cinco edições sequenciais, mas em novo arranjo visual e num outro nível de comprometimento com as questões de consumo, seus dilemas e problemas. Nesta nova fase, permaneceram preservados os caros parâmetros de escolha dos colaboradores e temas que se fizeram sentir nas cinco primeiras edições, assentados em máximas como: diversidade de opiniões, percepções e visões de mundo sem enquadramento em metanarrativas estanques; distanciamento de vícios provenientes da dogmática jurídica e sua produção enclausurada a mera repetição de afirmações próprias de um aforismo em manifesto; irradiação transversal dos direitos humanos; pesquisa científica assentada em problematizações prévias; entre outros critérios caros a boa qualidade dos trabalhos.

As implicações dessa nova moldura para a Série demandaram um lapso maior de tempo para sua apropriada formatação, o que agora pode se constatar nesta 6ª edição que se publica por meio da Editora Plenum, também compromissada com um novo bloco de edições futuras ao reconhecer o entusiasmo para com esta inédita obra a cotejar colaboradores de cinco países diferentes e de alcance internacional maior face à disseminação das línguas em que produzido.

Colaboradores do Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal somam-se para produzir artigos científicos em sua origem, convertidos em capítulos para sinalizar suas realidades locais próprias do direito do consumidor em enlace de esforços com outras inquietudes e desafios. Todos,

contudo, atrelados ao proposto como subtema desta sexta obra: políticas públicas em ligação aberta com as relações de consumo.

Nesse sentido, e como outro fator de inovação da Série, permitiu-se um espaço de destaque destinado a escritos especiais, de formatação distinta e relevância inatacável, o que, nesta edição, é reservada ao professor Mário Frota, de Portugal, pessoa com fortíssima experiência e militância técnica-jurídica no viés político do direito do consumo, expressão assim utilizada na Europa continental.

Outros colaboradores e seus trabalhos merecerem referência pela qualidade e pertinência ao subtema proposto. Nesse sentido e inaugurando o livro têm-se a junção de esforços dos professores Agostinho Oli Koppe Pereira e Cleide Calgaro, ambos do Brasil, e em sintonia com a necessidade dos tempos correntes quando aliam um padrão de consumo compatível com a preservação do meio ambiente, sendo as políticas públicas um instrumento fundamental para tal patamar.

Na sequência, surge o trabalho do professor Francesco Bilancia, da Itália, quem confere uma abordagem dos direitos dos consumidores sob a ótica da evolução do Estado, vinculado ao reconhecimento das novas categorias de direito, discussão a permitir uma prévia do palco que conduz à aclamação das políticas públicas como instrumento de realização das metas comuns.

O dever de informação e sua decorrente responsabilidade civil é assunto corrente junto ao trabalho desenvolvido pelos professores Leonel Severo Rocha e Ana Paula Atz, também do Brasil. A pertinência do problema decorre de outro não menos importante: os riscos (ainda desconhecidos na sua completude) advindos das novas tecnologias, como é o caso da nanotecnologia ou da biotecnologia. Portanto, o capítulo em tela funciona, e muito bem, como alerta quanto à formulação de políticas públicas compatíveis aos desafios da contemporaneidade.

Da mesma forma, os professores Enrique Uribe Arzate e Alejandra Flores Martínez, do México, fazem a comunicação entre direitos dos consumidores e constitucionalismo emergente, para enfatizar, entre outras ricas ponderações, o devido respeito a esses novos direitos, quando visualizadas políticas públicas e suas implantações nas mais diversas áreas.

Uma discussão em torno da pertinência de políticas públicas apropriadas ao represamento dos abusos publicitários em curso contra as

crianças e adolescentes constitui o trabalho do professor Luiz Fernando Del Rio Horn em comunhão de esforços com Selmar José Maia, do Brasil, preocupados em enfatizar a hipervulnerabilidade dessas duas categorias de consumidores por equiparação.

Da Espanha temos os escritos de Álvaro Sánchez Bravo e a abordagem das políticas públicas de consumo adjetivado do componente sustentabilidade, em recorte atinente ao palco europeu.

Segue-se com as palavras de Henrique Mioranza Koppe Pereira e Rafael Lazzarotto Simioni, do Brasil, e a profícua discussão quanto aos efeitos da globalização assentada na lógica dos interesses hegemônicos sobre a realização da decisão judicial nos espaços locais, condição de impacto a qualquer política pública a ser efetivada.

O México é novamente prestigiado pelo professor Emir López Badillo, quem se dedica ao estudo reflexivo da *Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC)*, de modo a problematizar o tradicional papel do Estado como gerador supremo de direitos em favor das relações humanas assentadas na plena realização da pessoa. Embate que serve sobremaneira à legitimação das políticas públicas.

O aperfeiçoamento das estruturas regulatórias das relações de consumo prende a atenção do professor Rogério Silva, do Brasil, o que ganha ápice ao demonstrar a necessidade de novas políticas públicas em sintonia com essa missão como reflexo da prevalência dos direitos da cidadania.

Num arranjo misto entre México e Brasil têm-se os mestres Armando Meraz Castilhos e Laíse Graff, os quais se ocupam dos impactos causados pelo consumo acelerado e crescente sobre o meio ambiente, e num espírito próprio das políticas públicas, assim o fazem considerando a escala de demanda de alimentos e a segurança alimentar.

Do Brasil, e como encerramento dessa leva de capítulos, os professores Têmis Limberger e Luiz Fernando Del Rio Horn conferem um novo tom às políticas públicas de inclusão digital, ao tecer apontamentos críticos em cima dos resultados atuais nacionais, o que se acentua quando vinculam esses tratos a uma condição de cidadania cosmopolita e a urgente necessidade de proteção do consumidor virtual, numa concepção muito além do comércio eletrônico.

A esse somatório de esforços intercontinentais concentrados nesta sexta edição nutre-se a expectativa de sua frutífera difusão e aproveitamento qualificado nas mais diversas áreas do conhecimento, na esperança que venha a servir de referência a outras pesquisas e trabalhos investigativos afins tão promissores quanto aqueles sinalizados antes.

Certo, de momento, é a manifestação explícita de apreço e agradecimento a todos que, em maior ou menor extensão, juntaram-se à grande família que compõe a Série Relações de Consumo.

Prof. Ms. Luiz Fernando Del Rio Horn

A MODERNIDADE E O HIPERCONSUMISMO: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM CONSUMO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL*

AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA**

CLEIDE CALGARO***

Introdução

Neste trabalho, que se expõe à leitura na presente obra, pretende-se refletir sobre as questões do entrelaçamento da modernidade e o hiperconsumo, vislumbrando a juridicidade que permeia a manutenção, ou rompimento das estruturas nem sempre desejado por uma sociedade que não consegue resolver os riscos ambientais criados por ela mesma. Dessa forma, também se estudará as políticas públicas como possível meio minimizador dos problemas criados pelo hiperconsumo ao meio ambiente.

Nesse prisma, percebe-se que, até o presente momento, o homem apropriou-se da natureza sob diversas formas, sem a devida preocupação com a preservação e a sustentabilidade. A suposta modernidade, talhada na visão economicista, em que alguns detêm tudo e outros nada, propiciou a espoliação da natureza em todos os seus âmbitos.

É nesse patamar de discussão que se pretende desenvolver este estudo, buscando discutir quais os elementos formadores da sociedade moderna hiperconsumista e quais as consequências sociais e ambientais trazidas no bojo dessa sociedade que, aos portais da pós-modernidade vê-se envolta em paradoxos indissolúveis.

* O presente trabalho foi desenvolvido dentro da pesquisa "Meio ambiente, Direito e Democracia: para além do consumocentrismo numa sociedade pós-moderna", desenvolvida no Grupo de Pesquisas Metamorfose Jurídica vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas e Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Professor e pesquisador no Mestrado e Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <<http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>>.

*** Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutoranda em Filosofia na PUC/RS. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz - UNISC. Mestre em Direito e Mestranda em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. É professora do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul. Atua como pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <<http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>>.

1. Modernidade e seus paradoxos

Com o advento da modernidade grandes transformações se operaram na sociedade, algumas positivas e outras negativas ao contexto social. Surgiram relativos avanços em determinados campos da ciência e tecnologia que, no entanto, não conseguiram trazer alento a todas as condições sociais do homem, conforme prometido.

Na visão de Lyon:

O termo modernidade se aplica à ordem social que emergiu depois do Iluminismo. Embora suas raízes se estendam até épocas bem anteriores ao Iluminismo, o mundo do moderno está marcado seu dinamismo sem precedentes, por sua rejeição da tradição, ou sua marginalização, e por suas consequências globais.¹

Já para Giddens, “a modernidade refere-se a 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”.²

Na ótica de Bauman,

A modernidade é o que é - uma obsessiva marcha adiante - não porque nunca consegue o bastante; não porque se torne mais ambiciosa e aventureira, mas porque suas aventuras são mais amargas e suas ambições mais frustradas. A marcha deve seguir adiante porque qualquer porto de chegada não passa de uma estação temporária.³

Percebe-se que a modernidade, de forma acelerada, trouxe grandes transformações sociais à sociedade sem que a maioria das pessoas percebesse. Todo dia (surgem) produtos novos no mercado de consumo, seja nos supermercados ou nas lojas.

A modernidade toma proporções estarrecedoras dentro das grandes cidades. Para Ianni:

A grande cidade pode ser o lugar por excelência da modernidade e da pós-modernidade. Juntamente com a urbanização, o mercado, o dinheiro, o direito e a política, bem como com secularização, a individualização e a racionalização, aí também florescem a arte, a ciência e a filosofia. É na grande cidade que se desenvolve a arquitetura, o urbanismo e o planejamento, assim como aí surgem

¹ LYON, David. *Pós-modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998. p. 35.

² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 11.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 18.

o partido político, o sindicato, o movimento social, a corrente de opinião pública e o próprio estado.⁴

Dessa forma, as grandes conquistas fazem com que a modernidade se aproxime cada dia mais do capitalismo, que torna as pessoas individualistas e possessivas, voltadas apenas para o seus objetivos pessoais. Essa modernidade é um estilo de vida que se apresenta como forma de inclusão e exclusão social.

Para Stuart Hall, “as sociedades modernas são, portanto, por definição, sociedades de mudanças constantes, rápidas e permanentes. Essa é a principal distinção entre as sociedades ‘tradicionais’ e as sociedades ‘modernas’”.⁵

O objetivo da modernidade é o progresso e, nesta perspectiva, o futuro é sua característica marcante. Nesse diapasão, o paradoxo é acentuado: por um lado pretende-se viver o presente com se o passado e o futuro não existissem; por outro lado, a máxima “jovem para sempre” indica o ir para o futuro segurando um presente insegurável. Assim, o passado não interessa, o presente nunca será suficiente, o futuro é desejável, mas sem perder a juventude do presente.

Nesse contexto, para concluir esse item, pode-se dizer que as insatisfações são as marcas da modernidade paradoxal, em que o “ter” substitui o “ser” e o consumo dá vazão a uma felicidade efêmera. Assim, felicidade e frustração que deveriam ocupar lados diferentes de uma moeda, na modernidade passam a ocupar o mesmo lado. O progresso traz o desenvolvimento e ao mesmo tempo os riscos ambientais; traz o aumento na qualidade de vida, mas gera e acentua doenças; o progresso aumenta o período de vida do ser humano, mas suscita a destruição total da humanidade.

2. A modernidade transformada em sociedade de consumo

Quando se aprofunda os estudos sobre a modernidade verifica-se a sua transformação em sociedade de consumo. Nesse contexto, tem-se a passagem da sociedade de produtores para uma sociedade de consumidores. A preocupação da primeira se dispõe sobre a qualidade e durabilidade dos produtos, que são feitos de forma limitada; por outro lado, a preocupação da segunda está na possibilidade de consumo rápido, dentro da

⁴ IANNI, Octavio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 125.

⁵ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 14.

ótica dos produtos descartáveis, está mais voltada para rapidez com que os produtos vão para o lixo, do que propriamente com a produção destes.

Além desses aspectos, a modernidade configurou um novo estilo de vida, visível não só pelo consumo de certos bens, mas também pela forma como estes são usados e exibidos socialmente, pois,

“[...] por trás de cada produto que o mercado oferece encontramos a diferenciação da classe social a que o mesmo se destina. Cada produto na sociedade de consumo simboliza alguma coisa.”⁶

Isso acarreta a constatação de que a insaciabilidade acaba por espereitar o patamar social dos consumidores, os quais trabalham mais para consumir mais, utilizando-se do verbete “consumo logo existo”.

O estilo de vida acaba por se expressar por meio do consumo de determinados bens e pelo uso e gozo que se faz deles, e por esta razão se relacionada ao *habitus* de classe, pois está diretamente ligado à economia dos bens culturais.

O estilo de vida refere-se a um padrão de consumo que reflete as escolhas de uma pessoa sobre como gastar seu tempo e dinheiro. Em um sentido econômico, o estilo de vida representa o modo escolhido para distribuir a renda, tanto em termos de diferentes produtos e serviços quanto de alternativas específicas dentro dessas categorias.⁷

Hoje, o estilo de vida dos consumidores mudou, a facilidade de comprar produtos é enorme, pois se consegue viabilizar a compra por meio das tecnologias criadas dentro dessa mesma sociedade de consumo, pelas informações e acessibilidades trazidas.

A cultura de consumo cresce a cada dia, sendo que sua mola propulsora é o *marketing*, que busca induzir os consumidores a consumirem cada vez mais e, mesmo que for o caso, desnecessariamente.

Na atualidade, as pessoas não consomem mais por necessidade, mas sim pelo prazer de comprar, seja para satisfazer suas futilidades, ou simplesmente, por consumir. Para Lipovetsky,

[...] Desde os anos de 1980, as novas elites do mundo econômico alardeiam sem complexos seus gostos pelos produtos de luxo

⁶ SCHNEIDER, Peter. O fetichismo do consumo. In: PIETROCOLA, L. G. (Org.). *O que todo cidadão precisa saber sobre sociedade de consumo*. São Paulo: Global. Caderno de Educação Política, Série: Sociedade e Estado (18), 1986. p. 35.

⁷ SOLOMON, M. *O comportamento do consumidor comprando, possuindo e sendo*. 5. ed. São Paulo: Bookman. 2002. p. 145-146.

e pelos símbolos de posição social. [...] O esnobismo, o desejo de parecer rico, o gosto de brilhar, a busca da distinção social pelos signos demonstrativos, tudo isso está longe de ter sido enterrado pelos últimos desenvolvimentos da cultura democrática e mercantil.⁸

As “necessidades” dos consumidores de hoje são cada vez maiores e diversificadas, como afirma Barbosa:

As necessidades dos consumidores são ilimitadas e insaciáveis. Na cultura do consumidor, as necessidades de cada um de nós são insaciáveis. Esta sensação de insaciabilidade é interpretada de duas formas distintas. A primeira vê como consequência da sofisticação, do refinamento, da imaginação e da personalização dos desejos e necessidades das pessoas/ou da vontade individual de progresso econômico e social. A segunda, como uma exigência do sistema capitalista para a sua sobrevivência. A necessidade deste por um crescimento permanente cria uma ansiedade acerca da possibilidade de algum dia essas necessidades serem satisfeitas ou financiadas.⁹

Portanto, o capitalismo teve grande influência na sociedade de consumo, pois molda a visão dos consumidores, em que o consumismo acaba por ser uma “necessidade básica” e as pessoas esquecem, muitas vezes, do consumir com responsabilidade social.

Atualmente, o consumo representa poder e a lógica capitalista propaga: aquele que pode consumir mais e melhores produtos detém o poder social e econômico sobre os outros.

Para Rocha,

O consumo é uma realidade simbólica de significados tão densos que merece uma reflexão livre do viés aplicado que impera no mundo dos negócios. O estudo sistemático do consumo permitiria desvendar um dos mais importantes códigos através do qual a cultura contemporânea elabora a experiência da diferença, constrói um sistema de classificações sociais e interpreta as relações entre as coisas e as pessoas.¹⁰

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno*: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 51.

⁹ BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 34.

¹⁰ ROCHA, Everardo P. Guimarães. Cenas do consumo: notas, ideias, reflexões. *Revista Semear*, Rio de Janeiro: PUC - Rio, n. 06, p. 5, 2002.

Lipovetsky denota que:

Todos os dias, parece que o mundo do consumo se imiscui em nossas vidas e modifica nossas relações com os objetos e com os seres, sem que, apesar disso e das críticas que se formulam a respeito dele, consiga-se propor um contramodelo crível. E, para além da postura crítica, seriam raros aqueles que desejariam mesmo aboli-lo em definitivo. É forçoso constatar que seu império não para de avançar: o princípio de *self-service*, a busca de emoções e prazeres, o cálculo utilitarista, a superficialidade dos vínculos parecem ter contaminado o conjunto do corpo social, sem que nem mesmo a espiritualidade escape disso. (Grifo do autor).¹¹

Assim, o tempo é curto para a lógica consumista. É preciso provar de todos os benefícios do consumo em tempos curtos e rápidos. O relativismo e o imediatismo são fatores e faces dessa sociedade de consumo.

Como afirma Campbell, “eu compro a fim de descobrir quem sou”,¹² dessa forma comprar traz *status*, enfatiza o sucesso, o bem-estar, e dá uma ideia de identidade ao consumidor.

Portanto, a lógica do consumo define-se como a manipulação do consumidor e do valor simbólico do consumo, acabando por constituir um sistema totalitário combinado com a insaciabilidade e a relatividade da sociedade.

Os quotidianos se perdem na massificação de consumo, desestruturando-se e volatizando-se na cadeia consumerista. Os valores morais e psicológicos não se indexam mais aos padrões de culturas duradouras, as pessoas vivem como atores dentro do palco social, moldando suas atitudes e vontades conforme o momento induz. A cultura se traduz no imediatismo, no efêmero.

Nesse contexto, sob a égide de um consumo desordenado e elitista, multiplicaram-se os excluídos sociais, num paradoxo que insere no mesmo contexto felicidade e infelicidade. A contradição se personifica por meio do persistente e grande número de excluídos sociais, entre eles, em específico, os (i)migrantes, desempregados e sem instrução, ao lado de um consumo expandido que do ponto de vista da equidade, pode ser tido como desordenado ou contra uma ordem social de justiça, participação e pacificação.

Nesse contexto consumerista, o meio ambiente recebe os impactos de um consumo desregrado, em que os riscos ambientais são flagrantes

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004. p. 33.

¹² CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (Org.). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 53.

e a necessidade de atuação do poder público premente. Assim, no próximo item pretende-se dispor sobre a necessidade de políticas públicas capazes de minimizar os choques causados ao meio ambiente pelo hiperconsumo da sociedade moderna.

A sociedade de consumo cresce a cada dia, os avanços tecnológicos que surgiram nas últimas décadas, como o desenvolvimento da informática, das telecomunicações, da produção e das indústrias trouxeram profundas mudanças nas relações sociais e na sociedade moderna. O consumo passa a ter novas conotações, novas interfaces.

Na ótica de Lipovetsky, a sociedade está em tempo de guerra com o tempo:

Ninguém duvida de que, em muitos casos, a febre de compras seja uma compensação, uma maneira de cão, uma maneira de consolar-se das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro. A compulsão presentista do consumo mais o retraimento do horizonte temporal de nossas sociedades até constituem um sistema. Mas será que essa febre não é apenas escapista, diversão pascaliana, fuga em face de futuro desprovido, de futuro imaginável e transformado em algo caótico e incerto? Na verdade, o que nutre a escala consumista é indubitavelmente tanto a angústia existencial quanto o prazer associado às mudanças, o desejo de intensificar e reintensificar o cotidiano.¹³

Percebe-se que a sociedade moderna tem seu tempo e o mercado também acaba estando atrelado a essa questão. Para Ost:

Com o mercado, a desinstituição é explicitamente transformada em projecto político; a desregulamentação que a acompanha faz dela uma figura arquetípica do tempo do questionamento. O tempo do mercado é a ocasião propícia que o investigador agarra, o ganho de que o consumidor ou produtor racional beneficiam, a conjuntura favorável aguardada pelo observador atento das transações. O mercado é a indeterminação do futuro valorizada por ela própria, a abertura necessária ao jogo económico, o espaço de desenvolvimento das estratégias ganhadoras do *homo economicus*. (Grifamos).¹⁴

Assim, as relações de consumo se desenvolvem em uma cultura de dominação e alienação política, econômica e mesmo cultural. Isso permite que todas as relações que envolvem um ser humano (consumidor), sejam elas laços familiares, profissionais, educacionais, religiosos,

¹³ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004. p. 79.

¹⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 399.

culturais, políticos e mesmo jurídicos, se transformem em possibilidades mercadológicas para um espaço-tempo momentâneo.

Como já foi salientado em outro escrito:

Hoje, amar é como um passeio no *shopping*, visto que, tal como outros bens de consumo, o relacionamento humano deve ser consumido instantaneamente, não requer maiores intimidades nem grandes conhecimentos sobre a pessoa a se relacionar. Em seguida, será destruído e, depois, criam-se outros laços com outras pessoas da mesma forma. Assim, construindo laços afetivos rapidamente e logo desmanchando-os, como um bem de consumo.¹⁵

Calgaro, enfrentando a questão da racionalidade, afirma que é importante a alteração da racionalidade humana para que se vise uma nova expectativa na relação de consumo e para que se possa aproveitar o tempo e o espaço de forma consciente:

A *racionalidade* humana deve ser voltada para uma visão bio-cêntrica, preocupada com todos os seres que a cercam, além de verificar que o ser humano não é dono e senhor de tudo e, sim, parte do todo, além, de ser extremamente dependente das relações ecossistêmicas. A racionalidade encontra-se em uma encruzilhada - da vida e da evolução, da emergência e da novidade, da tecnologia e da história - onde o tempo se cristaliza marcado pela verdade e pelo sentido, pela morte da infinitude e finitude da existência. O mundo da vida se refigura no sentido da existencialidade através de códigos próprios, através de ciclos de realimentação e de reprodução, através de valores e de identidades subjetivas. A racionalidade deve evitar a hipertrofia do real vislumbrando um novo sentido à vida, ao mundo, através da reconstrução da subjetividade, a partir da diferença existente entre o ser e o ter. A racionalidade necessita de um fundamento, de um novo paradigma de existência, de uma nova ótica. (Grifo do autor).¹⁶

Por fim, as formas de consumo também devem ser reordenadas e analisadas dentro do contexto social e global, para que não relativizem as relações entre as pessoas.

¹⁵ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009. p. 15.

¹⁶ CALGARO, Cleide. Desenvolvimento sustentável e consumo; a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009. p. 15-16.

O *consumo* deve ser ordenado para satisfazer as necessidades básicas da humanidade, sem tornar a natureza um meio de comércio. Quando se atinge esses objetivos chegar-se-á a sustentabilidade, pois todos os fatores inerentes a ela estarão em equilíbrio constante. O consumo permite transformar a vida - para o bem e para o mal - pode ser chave de luz ou a escuridão dos tempos. O consumo, mal utilizado, pode produzir o abismo que desemboca na exploração e na dependência, na inclusão e na exclusão, enfim, na crise econômica ou no equilíbrio. (Grifo do autor).¹⁷

Assim, vários fatores devem ser verificados dentro do contexto moderno no que se refere às relações de consumo, pois o tempo e o espaço podem ser aliados para o enfrentamento dos paradoxos que se firmaram na sociedade complexa hiperconsumista.

Na modernidade tudo é muito rápido. Assim, é comum as pessoas buscarem possuir a última moda, o último modelo de celular, a roupa de marca. Isso se torna uma competição quase inconsciente, de que é preciso estar sempre a frente do outro. A crise do “ser” tem origem no “ter”, o “ser” mesclado com o “ter” se transforma em mercadoria.

Hoje, o desafio é de conviver em diferentes e múltiplas versões, considera-se tudo como velho e ultrapassado rapidamente, e o acesso ao novo muitas vezes é difícil. A necessidade de consumir é uma realidade da modernidade, as pessoas somente estarão satisfeitas se consumirem.

3. Políticas públicas para um consumo ambientalmente sustentável

Pelo o que se viu neste trabalho, até o presente momento, pode-se notar a necessidade da implantação de políticas públicas voltadas para a questão do consumo, pois elas são fundamentais para a sociedade vislumbrar o consumo como apenas a necessidade do viver, e não como *status social*.

Assim, uma política pública voltada para a educação dos agentes que intervêm nas relações de consumo seria de extrema importância. Nesse contexto, os consumidores seriam educados, por um lado, a um consumo consciente e, por outro, para conhecerem seus direitos. No mesmo diapasão, essa política teria o viés de trabalhar também a educação dos produtores/fabricantes - fornecedores em geral - vez que as condutas elaboradas por esses também interferem no contexto do consumerismo.

¹⁷ Ibidem, p. 16.

Estes, por sua vez, seriam educados para a conscientização da busca de um mercado menos agressivo, deixando de lado o “deus” econômico que sobrepuja todos os contextos sociais em busca do lucro fácil e desmedido.

A educação desses agentes é um desafio da nova sociedade global. O homem do século XXI vive em função de um modelo de sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de ofertas de produtos e serviços, pelo domínio do crédito, seja por meio de cartões, cheques especiais, carnês ou boletos bancários.

Conforme Lévy,¹⁸ a prosperidade das nações, das regiões, das empresas e dos indivíduos depende de sua capacidade de navegar no espaço do saber. A partir dessa concepção, pergunta-se: Até que ponto se está navegando no espaço do saber? O homem se diz sábio e destrói as biodiversidades naturais, comercializa os recursos naturais, se volta para questões atinentes ao poder econômico e ao consumo, sem qualquer preocupação com a preservação e extinção desses recursos naturais. Nessa esteira pode-se ver o problema do aquecimento global, o derretimento das geleiras, a destruição da fauna e de muitos espécimes que mantêm o equilíbrio do planeta.

A modernidade cria a ideia de progresso tecnicista, e justifica as atitudes humanas dentro da economia, da ciência e dos jogos de poder, que “com ávida mão busca tesouros e satisfeita fica, achando vermes”,¹⁹ bem como instrumentos de devastação e de controle sobre a natureza.

A vida na sociedade moderna, que já ultrapassa os umbrais da dita sociedade pós-moderna, perfaz-se na sociedade humana, na magia dos mundos virtuais, na busca de uma democracia plena, mas com uma cultura atrelada aos poderes econômicos que corroem as possibilidades de inclusão e de sustentabilidade planetária. Esse panorama desconstrói o entendimento altruísta da humanidade que pode ser exposto nos dizeres de Oliveira, em que “a preocupação em preservar o ambiente foi gerada pela necessidade de oferecer à população futura as mesmas condições e recursos naturais de que dispõe a geração presente”.²⁰ A humanidade moderna não se preocupa com gerações futuras, ela se preocupa com

¹⁸ LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: Por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 1999. p. 19.

¹⁹ GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Fausto*. Tradução Agostinho D’Ornellas. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 620.

²⁰ OLIVEIRA, Gilson Baptista de; SOUZA-LIMA, José Edmilson de (Org.). *O desenvolvimento sustentável em foco: uma contribuição multidisciplinar*. Curitiba, São Paulo: Annablume, 2006. p. 21.

lucros futuros, com mercado especulativo, e se o mercado não tiver mais uma fonte que viabilize os progressos econômicos, o futuro dos investidores estará condenado e todo o sistema de crescimento econômico que se conhece hoje cairá por terra. Eis aqui o momento em que a humanidade passa a se preocupar com o futuro da natureza, não por ela em si, mas sim pelo que ela representa dentro do mercado.

Assim, faz-se necessário reinventar os vínculos do ser humano com o ser humano, reinventando e renovando os vínculos sociais; reinventando e renovando os vínculos com o meio ambiente. É preciso reinventar uma inteligência coletiva, uma visão global e uma sociedade para uma perspectiva ecológica. Novas conceituações precisam ser dinamizadas, até mesmo no que se refere ao desenvolvimento, porque, como afirma Oliveira,

na década de 1950 os países subdesenvolvidos deram atenção especial à elaboração e à implementação de planos para se alcançar o desenvolvimento. Porém, esses planos limitavam-se a promover um processo de industrialização intensivo que, por ser sinônimo de crescimento econômico, era encarado como um processo de desenvolvimento econômico.²¹

Por esse viés, o desenvolvimento está ainda ligado ao crescimento do produto e da renda pela acumulação de capital e pela industrialização.²²

É necessário repensar os paradigmas sociais dominantes. Se herdamos tipologias políticas, econômicas e sociais, é preciso repensá-las, reavaliá-las e, sobretudo, atualizá-las, para que possam atender aos novos tempos, às novas necessidades sociais, aos novos mandamentos socioambientais.

É preciso avaliar a questão do poder, tanto no que se refere aos microcosmos sociais, como em nível macro, visualizando toda a humanidade. O poder traz em si uma lâmina de dois gumes: um que é imprescindível e vislumbra o bem comum; outro indesejável, pois se caracteriza como destrutivo e dilapidador de verdades, de sociedades, de conceitos e mesmo de paradigmas.

Na sociedade moderna, a racionalidade, que a princípio foi tida como o baluarte para solucionar todos os problemas, parecendo clarear as ideias científicas, fez-se penumbra, tornando seu espaço disperso, seu tempo eclipsado, seu saber fragmentado. Racionalidade e poder

²¹ OLIVEIRA, Gilson Baptista de; SOUZA-LIMA, José Edmilson de (Org.). *O desenvolvimento sustentável em foco: uma contribuição multidisciplinar*. Curitiba, São Paulo: Anablume, 2006. p. 25.

²² Idem.

confundiram-se no insulamento da História. Ele constrói um pensamento transpessoal, mas contínuo.²³ Assim, a racionalidade humana está submersa no poder e, a partir disso, grandes crises se instalam na sociedade: políticas, sociais, ambientais, culturais, pessoais, etc.

Os regramentos da modernidade fizeram por produzir espaços, formas e meios. Impuseram transformações sociais, culturais, sociológicas, políticas, filosóficas. Nessa seara, proporcionou-se um desenvolvimento tecnológico nunca visto, que trouxe, na sua esteira, uma substancial alteração no meio ambiente, na Terra, no espaço em que a sociedade se estabeleceu e se estabelece até o presente momento. A Terra foi o primeiro espaço ocupado pelo homem e, a partir disso, o ser humano tenta a elaborar conforme sua vontade. Para Lévy:²⁴

Terra não é um planeta, nem mesmo uma biosfera, mas um cosmo em que os seres humanos estão em comunicação com animais, plantas, paisagens, lugares e espíritos. A Terra é esse espaço em que os homens, as pedras, os vegetais, os animais e os deuses se encontram, falam-se, fundem-se e separam-se, para se reconstruir perpetuamente.

A Terra, o Planeta, se desnuda nas cicatrizes deixadas pela tecnologia. Progresso, no que se refere ao meio ambiente, parece ser sinônimo de destruição. A casa do homem está longe da preservação e de sua manutenção. O meio ambiente é fruto da interação de todos os elementos que nele interagem, sejam eles animais, minerais ou vegetais. Assim sendo, a opção pelo tipo de sociedade, comportamento e atuação do homem sobre o mesmo pode fazer a diferença entre a vida e a morte, entre um planeta fecundo e um planeta estéril. Por tudo isso, há necessidade incontestável do cuidado com os “ismos” - capitalismo, socialismo, comunismo - que ganham a preferência dentro da simples lógica econômica, que nada mais faz do que empurrar ladeira abaixo a vida do Planeta.

O poder, atrelado aos aspectos econômicos vislumbra no lucro a única opção de vida. Assim, as malhas de redes de poder que circulam como fontes propulsoras da sociedade tecno-consumista não conjeturam ideias desvinculadas do econômico; por isso não se importam com o futuro do Planeta.

Vive-se em uma sociedade consumista e, por isso mesmo, em uma sociedade segmentada, pontualizada, na qual cada momento, cada

²³ LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*: Por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1999. p. 96.

²⁴ *Ibidem*, p. 115.

ponto se esgotam em si próprios.²⁵ O futuro é aqui e agora. O meio ambiente continua dentro da visão do inesgotável, embora as crises já se manifestem galopantes. A comercialização de recursos naturais, como a água e o petróleo, já deixam rastros de destruição por todo o Planeta. Como se pode ver, o grande desafio desse milênio é conter as vontades desenfreadas do poder econômico da humanidade, ou seja, alcançar um consumo e um meio ecologicamente sustentável.

Leff nos prepara para os problemas que podem advir da falta de consciência sobre os que assolam a humanidade.

A degradação ambiental, o risco de colapso e o avanço da desigualdade e da pobreza são sinais eloquentes da crise do mundo globalizado. A sustentabilidade é o signifiante de uma falha fundamental na história da humanidade; crise de civilização que alcança seu momento culminante na modernidade, mas cujas origens remetem à concepção do mundo que serve de base à civilização ocidental. A sustentabilidade é o tema do nosso tempo, do final do século XX e da passagem para o terceiro milênio, da transição da modernidade truncada e inacabada para a pós-modernidade incerta, marcada pela diferença, pela diversidade, pela democracia e pela autonomia.²⁶

A modernidade despontou, viveu e vive nas rodas da tecnologia e no âmbito da economia. Os saberes, em suas diversas faces, paradoxalmente constroem e destroem o mundo e, nesse turbulento, contraditório e caótico cosmos social, o reinventam a cada instante. Nesse *big bang* diário se instala a crise de identidade do próprio ser humano e, nesse “buraco negro” identitário, confunde-se ser com ter; necessidade com desejo; ecologia com economia; lucro com sobrevivência, impulsionando a crise para além do próprio homem.

Leff²⁷ coloca a ideia da racionalidade econômica, quando mostra que a problemática ambiental conduziu à impossibilidade de assimilar propostas de mudanças. A racionalidade econômica possui um viés que não tem se modificado frente aos reclamos ecológicos. Preservar e elaborar, sob o prisma da sustentabilidade, significa mudar paradigmas que sustentam as pilas da economia da sociedade moderna. Contudo, ao que parece, o homem busca o novo e, ao mesmo tempo, dele tem medo.

²⁵ Veja-se BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 46.

²⁶ LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 9.

²⁷ *Ibidem*, p. 22.

Porém, esse medo vai além do novo, é do próprio risco invisível e do futuro que vai acolá de sua existência, pois, como diz Fausto, “de golpe que não fere em medo vives, e o que perdes, é mister que o chores”.²⁸

Embora o senso crítico do ser humano tenha, de certa forma, permanecido adormecido, vez que, até o presente momento, não conseguiu entender que as armas nucleares, a destruição ambiental, a poluição, a escravidão de povos, as guerras, a manipulação de etnias e o poder em sua forma pura e ditatorial só o levam à autodestruição, não se pode deixar de acreditar na possibilidade de uma convergência humana em busca da sustentabilidade.

O desafio se faz diante do liame entre a racionalidade e a sabedoria, quando o que está prescrito deve ser repensado e o novo deve ser forjado sobre as areias da incerteza e da inconstância. A autorreflexão é, talvez, o caminho, a essência e a possibilidade do desenvolvimento de um código próprio, de uma realidade nova e não clonada em uma realidade social tecno-consumista. A utopia dará lugar à realidade urdida sobre uma sociedade igualitária e ecologicamente sustentável.

Portanto, o poder que leva ao poder, à ostentação, ao consumismo e à exclusão social deve ser deixado de lado. Em seu lugar deve surgir uma nova ordem que se realizará por intermédio da equidade, da ética, do bem-estar social, da sustentabilidade ambiental que, seguramente, poderá propiciar às gerações presentes e futuras uma vida mais tranquila e possível.

Na atualidade, a educação pode ser uma das maneiras de se buscar o consumo sustentável e consciente que pode barrar as atitudes e conceitos praticados e concebidos por parte do “*homo consumator*” e da própria sociedade moderna.

Portanto, o consumo sustentável tenta viabilizar o equilíbrio entre os recursos naturais e as necessidades do ser humano, para que não sejam destruídos os recursos da natureza e, por via direta, não seja a sociedade humana privada dos recursos naturais indispensáveis à sua sobrevivência.

A expressão consumo sustentável passou a ser construída e utilizada a partir do termo desenvolvimento sustentável divulgado na Agenda 21. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

²⁸ GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Fausto*. Tradução Agostinho D’Ornellas. São Paulo: Claret, 2002. p. 670.

O consumo sustentável significa o fornecimento de serviços e de produtos correlatos, que preencham as necessidades básicas e deem uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se diminui o uso de recursos naturais e de substâncias tóxicas, assim como as emissões de resíduos e de poluentes durante o ciclo de vida do serviço ou do produto, com a ideia de não se ameaçar as necessidades das gerações futuras.²⁹

A educação para o consumo sustentável pode ser a responsável pela modificação na forma como o consumidor se comporta perante a compra, a utilização e descarte dos produtos, criando uma consciência na aquisição do estritamente necessário para a sobrevivência, a escolha de produtos que não agriçam o meio ambiente e o descarte vinculado à atitudes que preservem a reutilização dos componentes fora de uso.

Por outro lado, essa mesma educação para o consumo sustentável possui o condão de modificar o comportamento dos produtores, fabricantes e fornecedores em geral, também dentro de uma conscientização na utilização de insumos não agressivos ao meio ambiente, na criação de políticas de limpeza dos rejeitos industriais antes de colocá-los em contato com a natureza e na criação de mecanismos de recolhimento das embalagens nocivas ao meio ambiente, dando-lhe a destinação apropriada.

Essa responsabilidade social só pode vir pela modificação do sistema educacional, que hoje se desenvolve por meio de conceitos inseridos nos mesmos patamares consumistas, e pode formar uma nova consciência social em que os consumidores se vinculariam a uma nova cultura de consumo.

Assim, uma nova consciência do contexto social e cultural pode se dar pela educação, em que, também, as pessoas possam ser vistas e tratadas como cidadãos no sentido amplo da palavra e não apenas como consumidores. A educação deve esclarecer que consumir é apenas um entre muitos aspectos que forma o cidadão, fazendo com que haja uma contribuição para a criação de uma sociedade que globalizada ou tradicional, seja voltada para o desenvolvimento social e humano.

O consumidor deve ser educado a fazer com que o seu ato de consumo seja um ato de cidadania e valorização do seu semelhante e da natureza, visando a sustentabilidade como forma de preservação do planeta e da espécie humana. Isso se dá ao escolher em produtos e serviços que satisfaçam suas necessidades sem prejudicar o bem-estar da coletividade e do próprio planeta.

²⁹ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Consumo sustentável*. Tradução Admond Ben Meir. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente/DEEC/Consumers International, 1998. p. 65.

Por esses aspectos apresentados, o que se quer é deixar patente que essa mudança de comportamento do consumidor é um processo que requer educação, mobilização social e informação, fazendo que as gerações atuais e a novas gerações possam ser educadas numa nova cultura de consumo, em que esteja presente a crítica e a responsabilidade social, e não numa cultura voltada ao consumismo como maneira de satisfação de interesses individuais.

O “ideal” da sociedade de consumo é o consumir sem pensar, sem criticar, pois somente assim será possível “desovar” no mercado qualquer bem independente de responsabilidade social. A educação para um consumo consciente deve propor exatamente o inverso desse contexto nefasto.

Nesse diapasão, o totalitarismo do mercado deve ser abolido por intermédio de uma educação que priorize a crítica sobre o consumir, levando a uma dialética em que a presença da democracia seja permanente, construindo uma sociedade em que a sustentabilidade seja direcionada para os aspectos ecológico-sociais.

A educação que se pretende desenvolver no sentido do consumo consciente não é estabelecida sobre a passividade do consumidor, como se apresenta hoje, mas sim uma educação operativa, crítica, capaz de imprimir ação na construção de uma sociedade capaz de intervir no consumo e não apenas consumir.

Dessa forma, o consumidor, por intermédio da educação, seria capaz de entender o porquê de algumas atitudes que ele deve seguir na busca de uma sociedade mais equânime.

Dar preferência a produtos de empresas que tem uma clara preocupação com o meio ambiente, não compactuar com a ilegalidade, não consumir de forma a prejudicar as gerações futuras, dar preferência às empresas que não exploram o trabalho infantil, reclamar os seus direitos, usar o poder de compra para defender o emprego no país, colaborar para reduzir a quantidade de lixo produzido, evitar o desperdício, evitar comprar produtos com embalagens que demoram a se decompor, dar preferência a materiais reciclados, saber identificar as empresas que são éticas em seu relacionamento com os consumidores, os trabalhadores, os fornecedores, a sociedade e o Poder Público são algumas das ações do consumidor consciente.³⁰

³⁰ Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. *Direitos do consumidor: ética no consumo*. Brasília: INMETRO, 2002. p. 59-62.

Portanto, o consumidor deve ser educado a entender o rótulo dos produtos que está comprando, compreender o porquê daquele produto não ter origem em seu país, ser capaz de analisar criticamente os produtos frente à degradação ambiental, tanto em âmbito de produção e utilização quanto no descarte posterior ao uso.

Para que se dê uma alteração significativa na forma como a população consome, a fim de se consolidar um consumo sustentável, é necessário que todos os participantes compreendam os contextos em que a sociedade se encontra hoje. Assim se conseguiria atingir a sociedade de forma universal para alcançar a efetividade das ações instrumentais e de ações comunicativas.

Percebe-se então que, no século XXI, não é mais suficiente o estabelecimento positivo das liberdades civis e a atuação das políticas, a partir de um poder centralizado; é fundamental, hoje, que se viabilize a expressão autônoma do sujeito; que o cidadão possa expressar suas necessidades, suas angústias e ouça as do outro; que dialoguem, cheguem a um consenso e deliberem em favor das políticas públicas; que tornem possível o atendimento das demandas compreendidas como prioritárias pela população. Em outras palavras, o cidadão não pode mais se confortar em uma postura passiva quanto às questões políticas ambientalistas.

A educação precisa estar em consonância com essa nova visão do mundo, com a sociedade almejada no futuro, e, para tanto, é necessário criar o entendimento da condição humana, a preparação do cidadão para exercer sua cidadania, para uma participação mais responsável na comunidade local e planetária, tendo como prioridade o cultivo de valores humanitários, ecológicos e espirituais. Isso requer novos métodos de ensino, novos currículos e novos valores, e novas práticas educacionais absolutamente diferentes das que estamos acostumados a encontrar em nossas escolas.³¹

Para Freire, todo conhecimento está em processo de construção e reconstrução, de criação e recriação. Portanto, esses novos métodos de ensino consistem na interação de conhecimentos interdisciplinares em sua natureza, que se expressa pela constituição de equipes interdisciplinares e que, em sua metodologia problematizadora, procuram observar os mais diferentes ângulos temáticos e escolher um tema de desenvolvimento que promova a síntese interdisciplinar a ser explorada nos “círculos

³¹ MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente*. Campinas: Papius, 2003. p. 112.

de investigação temática”.³² Sendo assim, possibilitar-se-ia a alcançar a emancipação que aponta Morin. Ele afirma que a ciência liberta e não aprisiona, pois as instâncias científicas não podem ignorar nem alienar o indivíduo dos problemas da humanidade em relação aos aspectos sociais, psíquicos, éticos e morais que vêm transformando os sujeitos em seres individualistas, egocêntricos, sem noções de ética e solidariedade, desconhedores do significado do amor e da compaixão.³³

Conclusão

Ao final do presente estudo, espera-se ter possibilitado ao leitor uma visão clara da modernidade e seus paradoxos, em que o progresso tecnológico está ao lado dos danos ambientais e a inclusão social perfilha-se com a exclusão. Uma sociedade em que o modelo econômico gera um processo de crescimento baseado no consumo desordenado e na falta de racionalidade por parte dos consumidores e dos fornecedores.

Na modernidade houve o avanço da tecnologia que, se por um lado facilitou e aumentou a produção, por outro, substituiu o ser humano pela máquina, criando um exército de desempregados excluídos do sistema social, alienados do sistema de circulação de mercadorias, rebotalhos humanos que perambulam pela sociedade sem qualquer perspectiva de inclusão.

Por outro lado, a cultura de consumo também gera produtos descartáveis e engrandece o cidadão enquanto comprador, promovendo o seu imaginário, mas com custos altos tanto para a sociedade quanto para o meio ambiente.

Nesse diapasão, trabalhou-se, no presente estudo, a ideia das políticas públicas educacionais como possibilidade de minimização dos riscos sociais e ambientais provocados pelo hiperconsumismo da modernidade.

O Estado em particular e a sociedade em geral devem criar e recriar políticas públicas de educação sustentável como um instrumento de benefício social, dentro de uma perspectiva democrática que possa fazer do indivíduo um cidadão na real concepção da palavra e não apenas um agente de consumo que acaba sendo consumido por ele mesmo.

Sendo assim, as políticas públicas educacionais representam um papel importante para a consolidação de uma cidadania de consumo

³² FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 97.

³³ MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, D. F. (Org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

sustentável, pois, a partir delas, podem ser transmitidas informações essenciais sobre os direitos e deveres do cidadão, assim como podem ser instruídas as formas disponíveis de participação política por parte da sociedade, nos mecanismos de deliberação democrática, de forma que os indivíduos passem a ter a compreensão dos procedimentos e do discurso estrutural necessário para a comunicação democrática.

Então, nesse viés, as políticas públicas de educação cidadã, baseadas numa política pública de educação sustentável atuam como um fator de construção do espaço público democrático, para que se permita a ação comunicativa entre o Estado, o cidadão e as demais entidades, como empresas e outros Estados. Dessa forma, a participação dos sujeitos passa a fomentar a emancipação e um desenvolvimento social cujas reivindicações perdem o caráter de insurgência, de revolta e assumem uma postura organizada de discussão e de opinião de diferentes grupos presentes na sociedade.

Referências

BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

_____. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (Org.). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DEBORD, Guy. *A sociedade espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DERANI, Cristiane. Políticas públicas e a norma política direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou*. Tradução Fábio Landa. São Paulo: Unesp, 2002.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

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

IANNI, Octavio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LYON, David. *Pós-modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998.

MIAILLE, Michel; MORAN, José Manuel; GRABOSKY, Peter; et al. *Mundo virtual*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente*. Campinas: Papirus, 2003.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; CASSOL, Sabrina. A educação no exercício da imunidade tributária: um caminho mais próximo da inclusão social. In: RODRIGUES, Hugo Thami; COSTA, Marli M. M. *Direito & Políticas Públicas II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. Cenas do consumo: notas, ideias, reflexões. *Revista Semear*, n. 06, Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2002.

SCHNEIDER, Peter. "O fetichismo do consumo". In: PIETROCOLA, L. G. (Org.). O que todo cidadão precisa saber sobre sociedade de consumo. São Paulo: Global. *Caderno de Educação Política*, Série: Sociedade e Estado (18), 1986.

SIMMEL, Georg. *A filosofia da moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008.

SOLOMON, M. *O comportamento do consumidor comprando, possuindo e sendo*. 5. ed. São Paulo: Bookman. 2002.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

DIRITTO DEI CONSUMATORI, DIRITTO PRIVATO ED EVOLUZIONE STORICA DELLA FORMA DI STATO IN ITALIA E NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO EUROPEO

FRANCESCO BILANCIA*

Introduzione

E' mia intenzione affrontare il tema dei diritti dei consumatori nella prospettiva della essenziale relazione, storico-politica prima ancora che concettuale, tra "evoluzione delle forme di Stato" e "riconoscimento di nuove categorie di diritti". L'ambito di riflessione di queste pagine è strettamente legato, però, alla evoluzione storica e giuridica del sistema del diritto privato e del diritto dei consumatori in Italia ed in Europa, seppur nella prospettiva economica globalizzata, nella speranza che l'esperienza storica e l'articolazione odierna delle questioni analizzate possa essere utile, nella comparazione tra ordinamenti, anche in un contesto apparentemente molto distante, come la realtà giuridica e politica brasiliana contemporanea nel sistema del Mercosul.

In questo contesto problematico la proposta di riflessione muove in particolare dagli sviluppi della disciplina dei diritti dei consumatori nel contesto del diritto comunitario, dell'Unione europea (UE) e nazionale fino alla elaborazione di un vero e proprio statuto del consumatore quale riflesso e sintesi dei più recenti interventi normativi in materia e dal rilievo di tale fenomeno in relazione alla "tutela della personalità" dell'individuo ed alla "sua effettiva partecipazione alla vita del Paese".

Sulla base di queste premesse e tenuto conto dei riflessi della più recente evoluzione legislativa in materia la riflessione che proverò a proporre ha quindi per oggetto quel complesso intreccio problematico che può, in prima approssimazione, qualificarsi come la risultante dei rapporti esistenti tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico nella evoluzione della forma di Stato. Procederò assumendo la normativa europea a tutela dei diritti dei consumatori quale paradigma degli importanti mutamenti di

* Doutorado em Direito Constitucional e Direito Público Geral na Faculdade de Jurisprudência dell'Università di Roma "La Sapienza". Professor Titular de Direito Constitucional e Direito Público na Faculdade de Economia dell'Università "G. D'Annunzio". Professor de Direito Constitucional na Università degli studi di Chieti e Pescara e na Università Telematica "Leonardo da Vinci".

sistema in atto a seguito delle recenti rilevanti incursioni del legislatore, comunitario e nazionale, nel diritto dei privati al fine di proporre l'avvio di qualche riflessione in merito alle conseguenze di regime che i nuovi rapporti tra diritto legislativo statale ed autonomia privata dovessero in proposito consentirci di rilevare.

Questa premessa, che potrebbe essere assunta come un imperdonabile atto di presunzione, è in realtà funzionale ad esprimere tutte le cautele del caso in ordine alla difficoltà del tema prescelto sì da consentirci di giustificare le ragioni della parzialità dei risultati che sarò in grado di produrre.

Nel definire un possibile percorso di indagine, anche se a costo di inevitabili riduzioni e semplificazioni, direi che le tematiche connesse all'argomento di fondo ora richiamato ruotano intorno ai seguenti luoghi problematici:

Il tema centrale può specificarsi come indagine rivolta a riflettere sul nuovo rapporto tra diritto statale (e, oggi, dell'Unione europea) ed autonomia privata, sull'evoluzione della struttura normativa del nuovo diritto privato e sul conseguente ruolo del giudice nel processo di correzione e compensazione del sinallagma; sulla evoluzione quantitativa nel rapporto tra norme dispositive e norme imperative, verso l'apparente cedimento della tradizionale "forza di legge tra le parti" propria del contratto (art. 1372, del codice civile italiano, da ora in poi c.c.) - almeno per alcuni tipi di contratto, quelli conclusi da un consumatore - al fine di valutare l'ipotesi di una nuova concezione dell'autonomia privata. Dall'analisi del regime espressione del nuovo diritto dei privati, dall'attuale ordine giuridico del mercato la riflessione si sposterà quindi sui caratteri e la politicità del nuovo assetto normativo.

Collegata al tema oggetto della presente indagine è la funzione del c.d. "diritto privato europeo",¹ qualora lo si ritenga in via di formazione,² per la costruzione del mercato interno. Il diritto comunitario procedeva in origine in via di sostanziale omologazione tra cittadini e imprese, laddove più di recente viene assumendo sempre più rilievo il consumatore quale soggetto debole destinatario di specifiche politiche di protezione (art. 169

¹ G. ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Astrid-Rassegna*, n. 18 del 2005, ed *ivi* ampia bibliografia.

² Una riflessione in questa prospettiva non potrebbe prescindere, oggi, dal confronto con i risultati della raccolta di saggi in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, vol. 3, 2007, corredati inoltre da una ricchissima bibliografia.

del Trattato sul Funzionamento dell'UE, ex art. 153 del trattato CE). Anche in tale contesto, pertanto, muta il rapporto tra diritto di matrice legislativa e soggetti privati concorrendo a conformare in nuove forme la stessa nozione europea di legalità, con evidenti conseguenze anche sulla relazione tra diritto UE e diritti politici dei cittadini europei. In questo contesto, infatti, la dottrina procede a confrontare tra loro una nozione di cittadinanza in senso, per così dire, giuspolitico ed una concezione della stessa in senso economico-sociale, declinando i diritti di cittadinanza in una presunta dimensione economica, non più (o non più soltanto) civile, sociale e politica. Potrebbe, ad esempio, ipotizzarsi l'evoluzione materiale del *consumerismo* quale nuova forma di esercizio della sovranità popolare in un nuovo contesto di democrazia deliberativa?

Nel riprendere, poi, l'analisi della declinazione delle forme di partecipazione individuale agli sviluppi dell'ordinamento giuridico nella nuova società finanziaria privatizzata, importanti spunti di riflessione emergono dalla qualificazione sostanziale delle facoltà connesse con l'esercizio dei diritti di proprietà mobiliare, proiettando il singolo individuo nel sistema dei mercati finanziari, nuova società politica privatizzata. Anche in tale ambito sarà opportuno valutare i riflessi e le reciproche interconnessioni degli strumenti di tutela del risparmiatore tra diritto privato e diritto pubblico. Scontato, in tale ambito, il riferimento alla creazione e distribuzione - entrambe per via contrattuale o, comunque, in forma di esercizio di autonomia privata - di strumenti finanziari derivati ed agli effetti, a titolo esemplare, di tale fenomenologia sulla recente crisi c.d. dei "mutui *subprime*", con le gravi conseguenze prodotte in termini di contrazione della ricchezza circolante, sotto forma di crisi di liquidità nelle relazioni interbancarie e, per tale tramite, sui bilanci delle imprese e delle famiglie indebitate con il sistema creditizio.

Assumendo quale contesto di riferimento l'evoluzione normativa in materia di tutela del consumatore e l'emersione nella dimensione politica dei diritti di cittadinanza sostanziale l'indagine dovrebbe altresì condurre ad un approfondimento della relazione tra consumi materiali, diritti dei consumatori e teoria dei bisogni, fino a ragionare intorno alle forme di partecipazione al nuovo sistema di diritto privato da parte di coloro che consumatori non sono, anche per comprendere quali siano oggi le nuove dimensioni della politica contemporanea. Corollario potrebbe essere l'analisi delle nuove dimensioni del principio di eguaglianza in senso sostanziale... declinabili secondo la pretesa di costruire, arricchire e riequilibrare la capacità di

ciascuno di consumare, in ciò eterodiretto dalle contemporanee forme del marketing politico. Non è difficile, infatti, constatare quanto la dimensione del pieno sviluppo della persona umana e della effettiva capacità di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese sia oggi percepita dagli individui, dai privati cittadini come molto meno importante rispetto alla garanzia di una stabile, se non crescente, capacità di affermazione personale nella società dei consumi.

1. Società civile, codice civile e forma di stato

In occasione del convegno che la Società italiana degli studiosi di diritto civile ha dedicato al cinquantenario della Corte costituzionale,³ Massimo Luciani, nel formulare le conclusioni della sessione dedicata ai rapporti tra "Autonomia privata e Costituzione" ha proposto una suggestiva riflessione sul fondamento storico-culturale dell'autonomia privata. Comparando il pensiero di due celebri studiosi, Hobbes e Locke, Luciani ha proposto di ricostruire il fondamento della autonomia privata attraverso il confronto tra due diverse prospettive culturali: "ancorata alla libertà" nel pensiero di Locke; "agganciata all'eguaglianza" nel sistema hobbesiano. Risalendo alle origini, osserva Luciani, "l'autonomia può essere radicata tanto nella libertà, quanto nell'eguaglianza", così procedendo dai due distinti "filoni di pensiero (nonché di azione politica): uno che potremmo dire democratico, che è quello hobbesiano [...], e l'altro che potremmo dire liberale, che ovviamente è quello lockeano". Se la dottrina costituzionalistica italiana aveva un tempo consentito di collegare il concetto di autonomia alla sovranità popolare,⁴ l'altra prospettiva "vede l'autonomia privata come lo strumento espressione della libertà individuale". La riflessione di Luciani si sposta quindi a considerare il ruolo avuto dalla Costituzione repubblicana italiana del 1948 nel tentativo continuo di conciliare, nel sistema del diritto dei privati, la libertà con l'eguaglianza per concludere però, anche sulla base delle risultanze emergenti dalla riflessione dei giusprivatisti in quello stesso convegno, che "oggi come oggi, il primo modello, il modello democratico di ascendenza hobbesiana, è in grave crisi e, anzi, è stato [...] pressoché del tutto dimenticato [...] mentre è l'altro modello, il modello Coke-Locke,

³ Capri, 2006.

⁴ Si vedano i riferimenti contenuti nel libro di M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003. Già nel capitolo I.

il modello liberale, che ha conquistato il proscenio” fino a cogliere, almeno quale impressione di fondo, “la fine della lunga e fruttuosa stagione dell’irruzione della Costituzione nel dominio del diritto civile [...] vera e propria crisi nel rapporto tra il diritto civile e le categorie ordinanti della Costituzione”.

Ma senza poter qui approfondire ulteriormente l’analisi dei pur assai importanti influssi del pensiero filosofico politico sugli sviluppi dell’ordinamento dei privati, la definizione del quadro storico e giuspolitico che fa da sfondo alla presente riflessione mi impone, ora, una breve e spero non troppo maldestra incursione *in munere alieno*, almeno per impostare l’indagine delle importanti interconnessioni tra la evoluzione del diritto dei privati, con tale espressione intendendo il diritto statale che disciplina i rapporti tra i privati, tradizionalmente i codici, ed il succedersi nella storia recente delle diverse forme di Stato, alla ricerca del substrato politico del diritto privato. Sono ben note, infatti, le relazioni esistenti tra la prima codificazione del diritto privato in Europa e la nascita della società moderna, ed i successivi influssi che sulla codificazione civile sono stati esercitati dallo sviluppo industriale prima, e dall’irrompere nel diritto statale del conflitto sociale in funzione del perseguimento di un più avanzato rilievo dell’eguaglianza, poi. L’utilità di questa ricostruzione, di fatto per noi meramente ricognitiva della riflessione che già da tempo la dottrina ha dedicato a questi luoghi problematici,⁵ potrebbe consentirci, infatti, di valutare oggi quali legami sussistano tra la più recente evoluzione dell’economia post-industriale, la profonda trasformazione della realtà sociale ed economica dell’era contemporanea e la forma, la struttura ed i contenuti attuali degli stessi fondamenti del diritto dei privati, per ovvie ragioni oggi non più esclusivamente statali, ma anche di derivazione europea e sempre di più il prodotto dell’esercizio delle nuove forme dell’autonomia privata che in prima battuta qualificherei *transnazionale, professionale* e, quindi, *asimmetrica*,⁶ cioè asimmetrica in quanto professionale. L’*asimmetria* è, come noto, una costante dei rapporti costruiti dall’autonomia privata, se però si guarda alla *sostanza* dei rapporti di forza tra le parti. Qui ora per asimmetria, invece, intendo riferirmi ad un dato che

⁵ G. ALPA, *Che cos’è il diritto privato*, Roma-Bari, 2007, e, ancora più di recente, P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un’idea*, Roma-Bari, 2013, anche per un’approfondita riflessione comparativa sulle principali esperienze europee.

⁶ La riflessione più approfondita sul punto si deve, come noto, a F. GALGANO, da ultimo e con maggiore approfondimento in *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, spec. 93 ss., 115 ss.

diviene addirittura *formale*, laddove l'autonomia privata si declina, oramai, come svolgimento di un diritto anche formalmente riconosciuto dall'ordinamento ad una sola delle parti del rapporto, quella che viene qualificata appunto come *professionale*.

In prima approssimazione vedremo come gli sviluppi della normativa statale sul diritto dei privati abbia comportato, già nel passaggio dal codice civile italiano del 1865 al successivo codice del 1942, e poi a seguito dell'avvento della Costituzione repubblicana e della legislazione speciale conseguente ed ancora per gli odierni sviluppi del c.d. diritto privato europeo e, per quanto di maggiore interesse oggi, del diritto dei consumatori, dicevo come tali sviluppi abbiano comportato enormi conseguenze circa il differente rilievo di volta in volta assunto nella legislazione dell'individuo prima, e dell'impresa poi in una prima affermazione del fenomeno del mercato; quindi del lavoro dipendente e poi di una nuova e del tutto differente affermazione dei principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza. Più nel dettaglio concentrando l'attenzione su quella parte del diritto dei privati connessa con la definizione dei margini dell'autonomia individuale, la sua funzionalizzazione, i suoi limiti interpretati secondo categorie giuspubblicistiche in un'ottica di forma di Stato.

1a. La codificazione italiana del diritto privato del 1865

Sono note le origini ed il fondamento politico della codificazione rivoluzionaria francese,⁷ matrice storica e culturale del codice dell'Unità d'Italia figlio a sua volta della società italiana contemporanea,⁸ "caratterizzata [...] dall'ascesa della borghesia e dal nuovo atteggiamento dei rapporti tra lo Stato e il cittadino, tra il principio di autorità e il principio di libertà".⁹ Il sistema, improntato ai valori dell'individualismo, era costruito intorno all'assolutezza del diritto di proprietà e per via di declinazione di un principio di libertà riconosciuto, pressoché senza limiti, ai soli proprietari ed in regime di eguaglianza di questi dinanzi alla legge.¹⁰

La democrazia omogenea della classe borghese dell'Ottocento

⁷ Rinvio all'approfondita riflessione di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, spec. 129 ss. Si vedano già le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge Diritti Giustizia*, Torino, 1992, 64 ss.

⁸ N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, (I ed. 1995), 2005, 21 ss.

⁹ R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.* VII, 1960, 242.; Id., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 909 ss.; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*. Roma-Bari, 2001, 8 ss.

¹⁰ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 84 ss.

era molto più facile da governare della democrazia di tutti i cittadini nel sistema pluralistico contemporaneo. Basti il confronto tra il significato della “riserva di legge” nelle Costituzioni liberali ed in quelle democratiche, a partire dalla Costituzione di Weimar del 1919. La legge assume, infatti, il ruolo di strumento di protezione della proprietà borghese contro il rischio di espropriazioni arbitrarie. Soltanto a far data dal secondo Dopoguerra essa non sarà più lo strumento mediante il quale il Parlamento difende la classe dei proprietari, l'unica in esso rappresentata, contro le aggressioni ai propri beni. Dall'art. 153 della Costituzione di Weimar la legge è infatti chiamata a disciplinare lo stesso contenuto del diritto di proprietà. Deve garantire, nel diritto di proprietà, gli *interessi* pubblici e di altri soggetti *insieme* all'*interesse* del proprietario del bene. Il legislatore non protegge più, nella proprietà, esclusivamente l'interesse del proprietario, ma deve costruire la *sintesi* di più interessi in un'unica norma. La legge cambia, così, il suo ruolo politico e la sua struttura formale. Non più solo condizione di legittimità per la espropriazione dell'*inviolabile* diritto di proprietà; non più riserva di competenza in favore della classe borghese; ma strumento per la disciplina del *contenuto* del diritto e dei suoi limiti.¹¹ La conseguenza politica di questo dato storico sarà, perciò, la trasformazione della legge da strumento per la protezione degli interessi della classe borghese¹² in strumento per la composizione del conflitto sociale, del conflitto di classe.

Osserva, infatti, Nicolò come nello Stato liberale “la volontà statale non tanto creasse l'autonomia dei soggetti privati quanto semplicemente prendesse atto di una siffatta posizione [...] limitandosi da un canto a reprimere gli abusi e dall'altro a predisporre le necessarie situazioni strumentali per la concreta realizzazione degli interessi dei singoli e dei fini dell'attività dei medesimi”.¹³

L'autonomia privata aveva confini materiali amplissimi, ma il sistema produttivo era centrato sulla proprietà della terra, sulla proprietà immobiliare in genere e sulla libertà dei commerci ed i valori dell'individualismo

¹¹ Il principio, dalla Costituzione di Weimar passato poi nel Grundgesetz, stabilisce che “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für Gemeine Beste”.

¹² Osserva N. IRTI, *Codice civile*, cit., 38 che “il codice civile nasce come *carta della borghesia*”.

¹³ *Diritto civile*, cit., 909. Per una sistematica ricostruzione storica degli sviluppi dello stato liberale, con riferimento altresì ai luoghi problematici della società civile e dell'autonomia contrattuale, U. ALLEGRETTI, *Profili di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989, 49 ss.

erano protetti anche dall'avversione per le forme associative ed i corpi intermedi. Inutile dire che il rapporto di lavoro non aveva pressoché alcuna considerazione.¹⁴

Il diritto statale non aveva alcun ruolo nella selezione dei fini, riservati all'autonomia dei privati; predisponeva "gli strumenti necessari affinché ciascuno (potesse) conseguire gli scopi desiderati".¹⁵ Nella declinazione giuridica delle regole della convivenza tra i privati cittadini il codice definiva, così, implicitamente anche quale dovesse essere il ruolo del legislatore statale nella composizione del regime giuspolitico, dei rapporti tra autorità e libertà, della forma di Stato, concorrendo attraverso la individuazione del posto del diritto statale nella sfera degli individui privati, cioè dei cittadini, a definire altresì il rapporto tra "Codice civile e società politica",¹⁶ vale a dire la dimensione politica dei diritti dei privati. Questa realtà viene spesso qualificata attraverso la definizione del "carattere costituzionale" dei codici ottocenteschi.¹⁷ Osserva Natalino Irti che nel codice civile italiano del 1865 l'autonomia privata viene garantita come "libera scelta dei fini: circa i requisiti essenziali per la validità di contratti, il codice (art. 1104) si limita a menzionare 'una causa lecita per obbligarsi', e, poi, a chiarire (art. 1122) che 'la causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico' [...] Rimane ignota al codice italiano del 1865 [...] l'idea di un controllo sulle scelte dei privati: la legge riconosce ai singoli un potere, che sfugge, nelle modalità di esercizio e nelle fasi di svolgimento, a qualsiasi sindacato".¹⁸

In ciò il codice è rivelatore dei caratteri propri della forma di Stato vigente, nella definizione dei rapporti tra la legge, il diritto statale, e la sfera di libertà individuale¹⁹ nella qualificazione del principio di legalità. "La legge

¹⁴ R. NICOLÒ, op. loc. ult.cit.; Id., voce *Diritto civile*, cit., 904 ss.

¹⁵ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 4 ss.

¹⁶ N. IRTI, op. ult. cit.

¹⁷ Esempio sul punto la stessa impostazione della riflessione di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, *passim*, spec. 22 ss. Si vedano, inoltre, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 6; Id., *Codice civile*, cit., 36, 40; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., 56 s.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 140 ss., 148 s.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., 6 ss.

¹⁸ *L'età della decodificazione*, cit., 7 s.

¹⁹ Per una completa ricostruzione storica degli sviluppi giuspolitici dei rapporti tra diritto statale ed autonomia contrattuale rinvio senz'altro al saggio di M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, già in *Riv. dir. agr.*, 1972, ora in Id., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 795 ss.

si ferma al di fuori²⁰ della sfera di libertà individuale, dell'autonomia privata, “né indica né valuta gli scopi” di questa autonomia. Tra gli effetti di tali scelte di sistema c'è inoltre l'opzione per una tecnica redazionale che riduca al minimo “le clausole generali ed i concetti fluidi”, limitando di conseguenza anche i poteri del giudice di interferire nelle scelte dei privati.²¹

1b. Il Codice Civile del 1942

Se è vero che “i codici [...] dovrebbero dare forma giuridica a un certo ordinamento della società, nella sua configurazione presente e nelle sue prospettive di evoluzione” è pur vero che “arriva il momento in cui le strutture formali del codice si rivelano inadeguate alle strutture sociali ed economiche della collettività²² e forse anche, aggiungo io, alla nuova declinazione dei principi deducibili dalla forma di Stato. La crisi del codice civile italiano del 1865 cominciò a manifestare i propri sintomi sul piano sociale già verso la fine del secolo, investendo tanto la concezione dell'individuo e della sua libertà, quanto la nozione di proprietà per via dell'avvento della rivoluzione industriale e dei conseguenti rivolgimenti tanto sul piano degli sviluppi economici, con l'avvento della grande impresa, quanto su quello del conflitto sociale, per via della formazione del proletariato industriale.²³

Mutano la forma di Stato ed il regime politico ed inizia a svilupparsi l'intervento pubblico nell'economia.²⁴ Il legislatore pretende di limitare l'autonomia dei privati e, soprattutto, di funzionalizzarla²⁵ agli interessi della produzione nazionale. Siamo al Codice civile italiano del 1942.²⁶ Anche in

²⁰ N. IRTI, op. loc. ult. cit.

²¹ Op. loc. ult. cit.; P. GROSSI, *L'Europa*, cit., 142 s. Ma già M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto*, cit., 797 s.

²² R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., 243.

²³ Op. loc. ult. cit.; Id., *Diritto civile*, cit., 910; P. RESCIGNO, *Introduzione*, cit., 9 s.

²⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 9.

²⁵ M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto*, cit., 801; G. B. FERRI, *La formula “funzione sociale” dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in G. ALPA - V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 55 ss.

²⁶ Per il rilievo assunto dalla categoria della “funzione economico-sociale” dell'atto di autonomia privata che “per la tutela e la protezione giuridica, dev'essere classificata in tipi”, e per la costruzione della relazione tra autonomia privata e sua disciplina legale *in funzione* degli scopi dell'ordinamento resta paradigmatica la riflessione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), terza rist. della seconda ediz., Torino, 1960. spec. 39 ss., 101 ss.; Id., *Teoria generale delle obbligazioni. III. Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954. spec. 59 ss.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, II ed. a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1971. spec. 294 ss. Di estremo interesse la approfondita ricostruzione storica ora riproposta da G. B. FERRI, *La formula “funzione sociale”*, cit. In una ben diversa prospettiva di metodo si veda, altresì, l'interessante riflessione proposta da P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

questo caso mi limito a richiamare le principali caratteristiche del nuovo sistema, soprattutto con riferimento alla dimensione giuspolitica che fa da sfondo alla presente riflessione, peraltro ricordando da subito come queste tracce di novità debbano necessariamente essere collocate in un contesto generale di sostanziale continuità con l'esperienza liberale, come ribadito pressoché unanimemente dalla dottrina civilistica qui richiamata. Guardando, allora, alle categorie problematiche più rilevanti, proprietà, impresa ed autonomia privata si comprende come, posta al centro del sistema codicistico l'attività economica dei privati, le più rilevanti scelte consistessero nell'unificazione tra codice civile e codice di commercio, nell'assunzione della figura dell'imprenditore e della disciplina dell'impresa²⁷ come nuovo paradigma politico, "nella maggiore rilevanza del lavoro subordinato"²⁸ ecc. Il legislatore statale era stato, infatti, costretto a misurarsi con gli effetti della rivoluzione industriale e dello sviluppo economico, nel cui quadro andavano ora declinate le nuove forme di intervento pubblico, anche in forma di più accentuata limitazione dell'autonomia privata per via della rilevanza che andavano assumendo "lo sviluppo delle forme di associazione economica, la mobilitazione della ricchezza, la circolazione fiduciaria dei beni, la organizzazione del risparmio e del credito, ecc."²⁹

Le tracce della nuova forma di Stato sono qui rinvenibili fin dalla "nuova serie di limitazioni all'autonomia individuale [...] (con) l'incremento delle norme imperative e inderogabili"³⁰. Ma è con la conformazione del diritto individuale attraverso una disciplina legale che possa condizionarne "l'esercizio e l'attuazione alla realizzazione di una finalità di carattere superindividuale"³¹ con il mutamento quindi del ruolo del diritto statale³² - che da mero strumento di protezione dell'autonomia privata diviene mezzo attraverso il quale la legge può intervenire in positivo nella disciplina di tale autonomia per funzionalizzarla,³³ quando occorra, al perseguimento dell'interesse generale - che si consuma la sostanziale trasformazione del regime

²⁷ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 12.

²⁸ R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., 246, 248 s.

²⁹ R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., 910.

³⁰ Op. loc. ult. cit.

³¹ Op. loc. ult. cit.

³² In tale contesto problematico insiste sul significato della "progressiva trasformazione della funzione della legge" G. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Pol. dir.*, 1982, 538, 540 ss.

³³ M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto*, cit., 801; P. GROSSI, *L'Europa*, cit., 245; G. B. FERRI, *La formula "funzione sociale"*, cit.

liberale in qualche cosa di diverso.³⁴ Il superamento del codice del 1865 conseguiva, insomma, al tramonto della società borghese costruita intorno agli interessi materiali di una sola classe, era conseguenza della necessità politica di superare il carattere neutrale del diritto statale dell'autonomia dei privati quale strumento di assorbimento di ogni rischio di instabilità e di insicurezza³⁵ nei rapporti civili dovuto all'emergere del conflitto sociale.³⁶ “L'interesse del legislatore è potenziare lo Stato, aumentare la produttività sino a fare del produttivismo la caratteristica precipua dell'ordinamento”.³⁷ Ma in ciò assorbendo il conflitto sociale in una dimensione “strettamente economicistica” nella quale gli interessi individuali, dei lavoratori e dei datori di lavoro, dei produttori e dei consumatori vengono funzionalizzati all’“interesse superiore della produzione” (v., ad es., l'art. 2104 c.c., che a tale interesse funzionalizza la “diligenza del prestatore di lavoro”).³⁸

1c. Codice Civile e Costituzione

Qui mi limito a pochi cenni, dando per scontati gli sviluppi della legislazione statale come conseguenza dell'avvento della Costituzione italiana repubblicana del 1948, tanto in termini di modifiche al codice civile del '42, quanto per via dello sviluppo della legislazione speciale, per tacere del rilevante contributo della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla istituzione della Corte italiana, nel 1956. Intanto è ovvia la necessità di riconsiderare la posizione del codice nel sistema delle fonti del diritto statale, non potendo più predicarsi per esso la natura materialmente costituzionale.³⁹ In secondo luogo la declinazione normativa del principio personalista tra i fondamenti dell'ordinamento costituzionale condusse alla necessità di ridisegnare ruolo e confini del diritto privato.⁴⁰ Vedremo come, infatti, il ruolo del diritto statale - tanto della legislazione speciale quanto della giurisprudenza costituzionale - crescerà nella pretesa interferenza con il diritto dei privati prodotto dall'autonomia in funzione della rottura delle disuguaglianze di fat-

³⁴ A volte già la necessità di “assicurare la tutela del contraente più debole nei confronti di quello più forte”, R. NICOLÒ, *Codice civile*, cit., 247.

³⁵ N. IRTI, *Codice civile*, cit., 33.

³⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 152 s.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III ed., Napoli, 2006, 169.

³⁸ In ciò l'essenza sostanziale del corporativismo, P. PERLINGIERI, op. cit., 179 s.

³⁹ P. RESCIGNO, *Introduzione*, cit., 57.

⁴⁰ Sulla crisi del codice civile si veda quanto osservato da G. AZZARITI, *Codificazione*, cit., 548 ss. Si veda, ancora, P. RESCIGNO, *Introduzione*, cit., 57 ss. Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema rinvio senz'altro al già citato libro di M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit.

to, sottaciute dal sistema codicistico elaborato durante il *Fascismo*. La sopravvivenza del codice del 1942 all'avvento del regime repubblicano, frutto della particolare pregevolezza del suo disegno sistematico e della qualità del contributo scientifico a fondamento della sua elaborazione, giustifica le numerose incursioni del legislatore ordinario e della Corte costituzionale in funzione di riequilibrio dell'eguaglianza,⁴¹ anche a costo di sacrificare in parte gli spazi già propri dell'autonomia privata.⁴² Sul punto mi sembra esemplare la vicenda del nuovo diritto del lavoro, a partire dallo Statuto del 1970. Ma si pensi anche alla disciplina dei contratti di locazione degli immobili urbani (casi di abitazione ed uffici), legge n. 392 del 1978, ecc.

Natalino Irti ha giustamente osservato come la presenza nella Costituzione di importantissime "*norme di scopo*" abbia profondamente inciso sul ruolo della legge nel sistema giusprivatistico proprio nel sottrarre alla disponibilità dei privati la scelta e la valutazione dei fini della propria azione, con incidenza relativamente forte quanto alla selezione degli interessi meritevoli di tutela. "L'ordine economico e giuridico non nasce più dal libero giuoco delle iniziative private, ma è, per così dire, progettato e preconstituito dalla legge".⁴³ Riprendendo quanto più sopra ricordato a proposito della trasformazione della funzione legislativa nel trapasso di forma di Stato, rilevante appare la considerazione per cui i singoli, gli individui, soprattutto i deboli ed i "diseguali" cerchino nella legge e non più certo nel contratto⁴⁴ la protezione dei propri diritti e la realizzazione dei propri interessi, in funzione dei nuovi bisogni,⁴⁵ declinazione del catalogo dei diritti iscritto nella Costituzione.

Nel quadro del percorso di analisi qui proposto tenterò, ora, di avviare una riflessione per me non molto semplice, perché svolta in ambiti materiali estranei al mio tradizionale percorso di studio. Per giustificare i miei limiti culturali manifesterò quindi da subito la mia ambiziosa proposta di ricerca, che si svolge nel tentativo di cogliere le tracce della forma di Stato, fondamento del regime del diritto statale del diritto dei privati, indagando

⁴¹ N. IRTI, *Codice civile*, cit., 62, parla di "aggancio" del codice civile ai valori costituzionali. Si veda altresì quanto riferito da G. B. FERRI, *La formula "funzione sociale"*, 57 ss.

⁴² Per evidenti ragioni di selezione tematica qui prescindo, tra l'altro, dal considerare l'importantissimo settore del diritto di famiglia.

⁴³ *L'età della decodificazione*, 15 s.

⁴⁴ Op. loc. ult. cit.

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 237 ss., contrappone "il principio della giustizia distributiva" presente nella Costituzione, al "principio della giustizia retributiva" del codice civile.

sulla causa del contratto, sui tipi legali, sul concetto e la selezione degli interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico, e sulla qualità della disciplina legale, per quanto a carattere dispositivo, dei contratti medesimi. Sullo sfondo i nuovi poteri normativi dei privati - siano essi, o meno, qualificabili come di natura contrattuale, stante la disparità di ruolo e di forza delle "parti" - ed i correttivi giuspubblicistici all'autonomia privata, in funzione di contenimento degli abusi perpetrati in danno dei soggetti deboli, e di riequilibrio normativo dei contratti; oltre al ruolo del giudice⁴⁶ in tale ambito, sempre guardando alla possibilità di interferenza dei poteri statali (e, oggi, comunitari) negli spazi tradizionalmente riservati all'autonomia privata. Per chiudere, infine, con alcune considerazioni, queste si meramente allusive, circa il ruolo delle nuove forme di manifestazione dell'autonomia privata nella dimensione macroeconomica.

1d. Causa, tipo contrattuale ed interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico

Gli argomenti selezionati per il prosieguo di questa riflessione dovrebbero consentire, se riuscirò a non essere trascinato da fraintendimenti, a cogliere le tappe dello sviluppo dei rapporti tra ordinamento giuridico statale e comunitario ed autonomia dei privati⁴⁷ nel succedersi delle forme di Stato, percorso che qui sarà limitato all'obiettivo di porre le basi per una declinazione di questo approccio allo studio del nuovo diritto dei consumatori.

Dirò subito che la tesi presupposta è che causa, tipo e meritevolezza degli interessi siano altrettante finestre per il cui tramite il diritto statale può entrare nello spazio dell'autonomia privata,⁴⁸ vuoi consolidandone le scelte tradizionali, anche per via di cristallizzazione del sistema di attività e relazioni tra i privati, espressione della realtà socio-economica del momento; vuoi anche, però, indirizzando i futuri sviluppi della stessa autonomia dei

⁴⁶ Come di recente ancora ricordato da M. FIORAVANTI. *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana, Relazione al Convegno su "La Costituzione ieri e oggi"*, Accademia dei Lincei, Roma, 9 gennaio 2008.

⁴⁷ Qui naturalmente utilizzo questa espressione nel suo significato più generico, senza potermi addentrare nelle più approfondite analisi circa il valore ed il significato della nozione, e sul concetto ad essa presupposto, che pure l'importanza dell'argomento meriterebbe. Mi riferisco alla elaborata prospettiva teorica proposta, ad esempio, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., spec. 314 ss.

⁴⁸ C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935), ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 471 ss., 500, qualifica la causa come "la valutazione [...] del fine perseguito dalle parti alla stregua delle esigenze del pubblico interesse. La causa appare quindi come limite dell'autonomia, limite evidentemente di carattere pubblicistico". Ma v. anche 504 ss.

privati, a seconda del disegno di politica del diritto perseguito.⁴⁹ Mi rendo conto della indistinguibilità dei ruoli in virtù della costante reciproca contaminazione tra le due forze, la libertà in chiave di autonomia - ove la forma di Stato la contempra e la tutela - da un parte, ed il diritto statale dall'altra, ma è pur vero che la riflessione storico-politica dovrebbe poter illuminare volta a volta la capacità di emersione dell'una o dell'altro in funzione di misurazione dei rispettivi ruoli al fine di comprendere gli elementi qualificanti il disegno istituzionale complessivo del diritto dei privati posto in essere dall'ordinamento.

Partendo dalla causa, ad esempio, e dichiarando da subito che per semplicità si dovrà prescindere dalla genesi storica e dalla collocazione sistematica del concetto nei diversi contesti giuspolitici,⁵⁰ è già di immediata evidenza la rilevanza che viene ad assumere la scelta tra la sua riconducibilità a) alla volontà del soggetto, della parte privata nella selezione dello scopo che giustifica l'assunzione del vincolo contrattuale (concezione subiettiva), oppure b) "alla 'funzione', allo 'scopo', ovvero alla 'ragione economico-giuridica' del negozio" (concezione obiettiva).⁵¹ Nel primo caso il principio politico sullo sfondo è dato, infatti, dalla "esaltazione della volontà individuale e della onnipotenza del 'consenso' "⁵² dello stesso individuo *particolare* nella costruzione del diritto dei privati che, come tale, risulterà intriso dei valori del volontarismo e funzionalizzato al perseguimento dei soli interessi individuali. Anche in tale contesto, naturalmente, la forza neutralizzante del formalismo produrrà la riconducibilità della causa allo "scopo tipico" concorrendo alla definizione di uno schema legale di rapporto contrattuale.⁵³ Nel secondo caso, invece, "la causa viene sottratta ad ogni legame con la 'volontà' e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento".⁵⁴ Scontando le dovute semplificazioni, la prima concezione può ricondursi al modello liberale di diritto dei privati; la seconda può già cominciare a predicarsi in relazione alle novità introdotte dal codice civile italiano del 1942,

⁴⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 808 s. Mi sembra utile, a tal fine, anche la lettura del citato saggio di P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., spec. 139 ss.

⁵⁰ A partire dalla sua riferibilità, secondo la tradizione francese, all'obbligazione piuttosto che non al contratto. Si vedano M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 548 ss.; G. B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1966.

⁵¹ M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 561. Si veda altresì l'analisi proposta da P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., spec. 423 ss.

⁵² M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 549 s., 553 ss.

⁵³ Così M. GIORGIANNI, op. ult. cit., 557 in riferimento al "negozio obbligatorio causale".

⁵⁴ Op. loc. ult. cit.

instauratore di un diritto dei privati funzionalizzato agli interessi generali dell'ordinamento (della produzione). Nella riflessione della dottrina, quindi, la causa ha cominciato ad astrarsi dalla "funzione economico-sociale" del contratto - o, a seconda dell'impostazione teorica, del negozio - per precipitare nel dato giuspositivo rappresentato dalla "sintesi degli effetti giuridici essenziali"⁵⁵ del negozio, fino a coincidere, nella formulazione di parte della dottrina civilistica, con il tipo negoziale.⁵⁶

Qui, almeno nella ricostruzione di parte della dottrina, l'evoluzione della riflessione teorica conduce a sintetizzare il percorso tematico nella coincidenza tra causa del contratto e tipo normativamente predisposto dall'ordinamento giuridico statale ad indicare proprio "i rapporti tra la volontà (individuale) e l'ordinamento, ovvero sia il problema dei limiti (legali) dell'autonomia privata".⁵⁷ E' l'ordinamento giuridico statale a qualificare l'assetto oggettivo degli interessi meritevoli di tutela, al fine di offrire protezione all'autonomia dei privati che venga a manifestarsi in quelle *forme*, in quei tipi predefiniti, seppur guardando al sistema economico-sociale, dal legislatore. In questo quadro interpretativo le norme contenute nell'art. 1322 c.c. intitolato, appunto, all'"autonomia contrattuale" costituiscono norme di chiusura: sia nel riconoscere ai privati la facoltà di determinare liberamente il contenuto del contratto, ma "nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]"; sia nel prevedere la possibilità che le parti concludano contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, "purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". Non può sfuggire all'interprete la tentazione di ritenere che per i contratti formalmente tipizzati questa valutazione circa la meritevolezza degli interessi per l'ordinamento giuridico sia già stata compiuta dal legislatore nel costruire la "disciplina particolare" di questi modelli contrattuali.⁵⁸

La ricostruzione, come dire, "semplificante" di questi controversi passaggi teorici sconta naturalmente l'accantonamento di molti problemi. Non consente, infatti, di valutare la reciproca influenza tra legge ed autonomia privata, a seconda che si ritenga che i contratti tipizzati siano il frutto

⁵⁵ E' la tesi di PUGLIATTI, su cui ancora M. GIORGIANNI, op. ult. cit., 562.

⁵⁶ Op. loc. ult. cit.

⁵⁷ La problematica, invero estremamente più complessa, è ben ricostruita con riferimento al regime introdotto dal codice civile del 1942 nella riflessione di M. GIORGIANNI, op. ult. cit., spec. 561 ss.

⁵⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 347 ss. Ma vedi quanto ritenuto da F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 810 ss., come già da G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit.

della stessa autonomia privata, o piuttosto delle scelte del sistema economico-sociale (il che potrebbe essere lo stesso) poi *recepitae* e consolidate dal legislatore nelle formule codicistiche.⁵⁹ Oppure laddove si osservi che tra causa e tipo non c'è una automatica ed esaustiva sovrapposibilità in relazione alla essenziale tensione tra gli interessi concretamente perseguiti dalle parti (causa) e lo schema formale del contratto disciplinato dal legislatore (tipo)⁶⁰ (ma di ciò *infra*). E che comunque, seppur con i limiti legali richiamati, gli stessi tipi legali sono pur sempre nella disponibilità delle scelte dei privati. Certo rimane il dato politico della scelta legislativa di condurre “un vigile controllo dell'ordinamento” su causa, tipo e meritevolezza degli interessi, anche se “codesto controllo [...] non si esaurisce [...] nel preventivo controllo dei ‘tipi’ negoziali”.⁶¹ E seppur la funzione del negozio codificata come meritevole dall'ordinamento non sempre possa ritenersi coincidere con la sua causa, nella maggior parte dei casi, per dirla con Giorgianni, “la ‘funzione’ riconosciuta degna di tutela dall'ordinamento giuridico [...] è sufficiente [...] a fornire contemporaneamente al negozio il suo fondamento causale”.⁶² In tutte queste ipotesi il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati è già contenuto nelle soluzioni legislative preventivamente offerte all'autonomia dei privati, ed è certa la “rispondenza del regolamento concreto di interessi attuato dalle parti, ai fini perseguiti dall'ordinamento”.⁶³ Come si vede la concezione politica dell'autonomia privata contenuta nel codice civile italiano del 1942 si conferma aperta alla concreta ipotesi di un secondamento dell'autonomia medesima in funzione dei fini dell'ordinamento giuridico stesso, che ha disegnato, costruito, consolidato un diritto dei privati giuspubblicisticamente orientato.⁶⁴ Per ragioni di economia evito di proseguire nell'analisi della riflessione di Giorgianni intorno alla funzione della causa contrattuale ed al rilievo della valutazione dell'ordinamento statale circa la meritevolezza delle scelte di autonomia che strumentalizzino la funzione del negozio, ad esempio assumendo una prestazione isolata, o adempiendo ad una obbligazione ma astraendo dalla sua collocazione codicistica in uno specifico negozio, in funzione di scopi altri da quelli ritenuti

⁵⁹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 808 s.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., 218.

⁶⁰ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 811.

⁶¹ M. GIORGIANNI, op. ult. cit., 564.

⁶² Op. ult. cit., 564 s.

⁶³ Op. ult. cit., 566.

⁶⁴ Ancora in tal senso, mi pare, l'impostazione seguita da P. BARCELLONA nel saggio *Intervento statale*, cit.

nella causa contrattuale, ipotesi per le quali faccio senz'altro rinvio allo studio qui più volte citato. Ma anche in tali casi emerge con forza la necessità legale di una valutazione *nel merito*, da parte dell'ordinamento statale, delle scelte operate nell'esercizio dell'autonomia privata, in considerazione degli scopi perseguiti dalle parti e degli interessi sottostanti la costruzione delle figure di collegamento reciproco tra prestazioni e/o contratti *concretamente* realizzata.⁶⁵ In linea di sintesi tali argomenti, che conducono a superare la ristretta prospettiva della mera sovrapposizione tra causa e tipo, confermano però il valore della causa come strumento di giustificazione legale "di fronte all'ordinamento d(e)i movimenti di beni da un individuo all'altro [...] punto di incontro della volontà individuale con l'ordinamento".⁶⁶

In questa prospettiva ben si comprende la praticabilità dello spettro di indagine proposto che guarda alla codificazione civilistica, alla costruzione normativa della autonomia privata in funzione della rilevanza che in tale ambito assume la forma di Stato vigente. Nel caso di specie ciò si evidenzia nel potere del legislatore di intervenire nel merito delle scelte degli individui concorrendo a definire in concreto l'assetto degli interessi di cui la regolamentazione contrattuale rappresenta la sintesi, *conformando* dall'interno - e non solo, quindi, *limitando* dall'esterno - la libertà fondamentale dell'autonomia medesima.⁶⁷ Questo schema teorico si è poi vieppiù consolidato a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che ha generato forme ed occasioni di intervento legislativo, senz'altro più pervasive e generali, nello stesso assetto ordinamentale dell'autonomia privata disegnato dal legislatore del 1942.⁶⁸ In particolare in funzione servente il principio di uguaglianza sostanziale e la tutela della parte debole.⁶⁹ Nonché per effetto del recepimento delle numerose direttive comunitarie intervenute nel disciplinare l'autonomia contrattuale, non tanto per limitarla quanto piuttosto per " 'modularla' in funzione del progressivo perseguimento delle finalità" selezionate dall'ordinamento comunitario medesimo.⁷⁰

Queste considerazioni per noi giuspubblicisti rappresentano, come è noto, la forza di un paradigma per la qualificazione della relazione

⁶⁵ Op. ult. cit., 564 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., spec. 334 ss., 350.

⁶⁶ M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 573; P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., 335 ss. "Da un punto di vista storico, la *causa* è il punto di intersezione tra gli ordinamenti privati e quello pubblico", M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., 246.

⁶⁷ Ancora in questa prospettiva si veda l'analisi condotta da P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., locc. citt.

⁶⁸ E' d'obbligo, sul punto, il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., spec. 315 ss.

⁶⁹ Op. ult. cit., spec. 322 ss.

⁷⁰ Op. ult. cit., spec. 329 ss.

tra diritto statale e libertà individuale, primo elemento per la valutazione della forma di Stato vigente.

2. Diritto dei consumatori e forma di stato

E siamo al “diritto dei consumatori”. Ai fini della delimitazione del mio campo di indagine chiarisco da subito che con tale formula intendo riferirmi proprio ai più recenti interventi normativi, spesso di derivazione comunitaria, prodotto della volontà di riequilibrare i rapporti contrattuali tra privati in tutte le ipotesi in cui l’esperienza abbia dimostrato la sussistenza di una forte disparità di capacità negoziale, un grave squilibrio di forza tra le parti, riferendomi espressamente alla contrapposizione, scelta dall’impostazione comunitaria, tra “professionisti” e “consumatori”.⁷¹ In un certo senso, e poi ai fini che verranno posti in rilievo nella parte conclusiva del presente lavoro, al cittadino “consumatore” può essere assimilato, con riferimento alla corrispondente legislazione rilevante, il cittadino “risparmiatore”,⁷² per le ragioni che si spera verranno chiarite nel prosieguo dell’indagine.

La tutela del consumatore⁷³ è normativamente costruita attraverso il riconoscimento di alcuni diritti in capo agli individui, quali il diritto alla salute, alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti e servizi, all’informazione ed all’educazione al consumo, oltre ai diritti collettivi quale il diritto alla promozione ed allo sviluppo dell’associazionismo ed il diritto ad agire in giudizio delle associazioni,⁷⁴ ed al diritto “alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità dei rapporti contrattuali” a garanzia dei quali l’ordinamento predispose

⁷¹ Fin dagli articoli introduttivi del d. l.vo 6 settembre 2005, n. 206, recante “Codice del consumo, a norma dell’art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”, più volte modificato ed integrato, fino al d. l.vo 21 febbraio 2014, n. 21. Ma l’ambiente tematico in esame è condiviso anche da altri importanti provvedimenti normativi recenti. Si pensi, ad esempio, al d. l.vo 31 marzo 1998, n. 114, “Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell’art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”; alla L. 17 agosto 2005, n. 173, “Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali”; al d. l.vo 7 settembre 2005, n. 209, “Codice delle assicurazioni private”, oltre alla L. 18 giugno 1998, n. 192, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”.

⁷² Ai sensi del d. l.vo 24 febbraio 1998, n. 58, “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52” e successive modifiche introdotte dal d.l.vo 1 agosto 2003, n. 274; dal d.l.vo 17 gennaio 2003, n. 6; dalla L. 18 aprile 2005, n. 62; dal d.l.vo 6 febbraio 2004, n. 37; dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262, “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari” e dal d. l.vo 17 settembre 2007, n. 164. Si veda, altresì, la recentissima direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2007/36/EC del 11 luglio 2007, sull’esercizio di particolari diritti da parte degli azionisti delle società quotate.

⁷³ Sui motivi della quale si v. G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, spec. 8 ss.

⁷⁴ Art. 2 del *Codice del consumo*.

appositi strumenti di controllo.⁷⁵ Alla disciplina dei “contratti del consumatore” con disposizioni di carattere generale e con altre di carattere particolare per determinati settori o categorie di contratti si aggiungono infine le norme a garanzia della sicurezza e qualità dei prodotti e della responsabilità per danno da prodotti difettosi.⁷⁶ In ossequio all'impostazione di fondo della presente riflessione la nostra analisi sarà, però, concentrata sui profili inerenti agli effetti sull'autonomia contrattuale della citata normativa, alla ricerca di una possibile proposta ricostruttiva della relazione tra ordinamento giuridico statale-comunitario-UE e diritto dei privati presupposta, o definita, dal nuovo diritto dei consumatori.

Il primo dato che emerge dalla lettura della disciplina dei contratti del consumatore è la rottura dell'unitarietà della categoria della autonomia contrattuale, in ragione delle qualità degli individui cui venga imputata. Per dirla con Perlingieri oggi “potrebbe distinguersi tra autonomia del ‘professionista’ e autonomia del consumatore/utente”,⁷⁷ quasi distinguendo “i soggetti dell'ordinamento per *status* in rapporto alla loro posizione nel ciclo produttivo”⁷⁸ dando senz'altro rilievo alle disparità di fatto tra gli uni e gli altri. Tra i principali effetti di questa impostazione di fondo, l'ordinamento contempla la necessità di intromettere nell'assetto regolatorio predisposto dalle parti un proprio giudizio di valore con conseguente qualificazione del regolamento contrattuale in termini di illiceità. E' il caso delle clausole vessatorie⁷⁹ che comportano un intervento legislativo nel merito degli assetti contrattuali con evidente compressione dell'autonomia privata, seppur dell'autonomia privata del solo professionista.

Giova riflettere sul dato storico-politico per cui la disciplina delle condizioni generali di contratto contenuta nel codice civile italiano del 1942 agli artt. 1341-1342, per quanto in apparenza potrebbe sembrare posta anche al fine di proteggere il contraente debole a fronte della imposizione di uno schema contrattuale redatto da una sola delle parti e per lo più concluso mediante l'impiego di moduli o formulari, ebbe - almeno in origine

⁷⁵ G. ALPA, *Introduzione*, cit., 37 ss., 47 ss.; Id., *Art. 2*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*. Napoli, 2005, 31 ss.

⁷⁶ Per semplicità ometto di richiamare puntualmente gli articoli del *Codice* volta a volta rilevanti.

⁷⁷ Op. ult. cit., 333.

⁷⁸ Così M. ESPOSITO, op. cit., 28 ss. e nt. 3), problematicamente. Sul punto già P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., spec. 446 ss.

⁷⁹ Artt. 33 ss. del *Codice di consumo*. Rinvio al *Commento* di M. NUZZO, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 255 ss.

- quale principale effetto quello di legittimarne l'uso. L'ordinamento giuridico, cioè, si indusse a consentire all'autonomia dei privati il ricorso a tale strumento in funzione "produttivistica ed autarchica".⁸⁰ Fu uno degli effetti della riconfigurazione dei rapporti tra privati sulla base della assunzione della centralità dell'impresa commerciale nel sistema del codice, uno tra gli esiti più di frequente riconosciuti dagli interpreti in seguito alla scelta della riunificazione dei codici. L'esigenza di "accelerare il ritmo della produzione e della distribuzione" comportò, pertanto, il parziale superamento della equivalenza formale tra le parti contrattuali, già di per sé non corrispondente come già ricordato alla struttura sostanziale dei rapporti civili,⁸¹ a favore del riconosciuto ruolo dell'impresa nel sistema produttivo nazionale.⁸² A tal proposito Alpa richiama, tra gli effetti della disciplina codicistica, quello di aver "sancito il potere normativo dell'impresa di cui il consumatore deve subire, suo malgrado, gli effetti [...] Il sistema normativo delineato dal codice civile legittima l'impiego delle condizioni generali di contratto anche a danno del consumatore, facilita il loro uso" con ciò affidando all'autonomia delle parti - ma in realtà di una sola di esse - "ampia libertà [...] di negoziare [...] qualsiasi esonero o limitazione della responsabilità senza sindacare il contenuto e senza riguardo alcuno alla disparità di potere contrattuale".⁸³

Laddove invece è, forse, possibile rinvenire un diverso atteggiamento del codice del 1942 in funzione della riduzione degli effetti di eventuali sproporzioni tra le parti nella costruzione del sinallagma, è negli istituti della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità, ai quali può aggiungersi l'introduzione per via giurisprudenziale del giudizio di proporzionalità dell'entità della clausola penale.⁸⁴ Ma l'esame di tali istituti esula dalla presente indagine.

Con l'avvento della normativa comunitaria in materia di condizioni generali di contratto ed, in particolare, di clausole vessatorie l'ordinamento inverte tale tendenza, contrastando in parte il potere normativo delle imprese al fine di impedire, almeno nei contratti con i consumatori, gli abusi frutto della sproporzione tra la forza contrattuale delle parti. Ma con ciò gli sviluppi dell'ordinamento giuridico di matrice politica (statale ed europea) rivelano

⁸⁰ P. PERLINGIERI, op. cit., 223

⁸¹ Per tutti si veda, ancora, P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., spec. 374 ss.

⁸² Si veda diffusamente sul punto P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., spec. 408 ss., a partire dal richiamo alla stessa Relazione al codice civile.

⁸³ *Introduzione*, cit., 132 s.; G. B. FERRI, *La formula "funzione sociale"*, cit., 58 s., 71.

⁸⁴ Ad esempio, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 379 ss.

come si sia data oramai per acquisita una diversa natura della originaria autonomia contrattuale, che si esprime nel sistema dei rapporti tra privati in forme che presuppongono oggi il carattere normativo del diritto di matrice contrattuale, a partire dalle condizioni generali di contratto.⁸⁵ Il contratto ed il diritto dei contratti sono oggi il prodotto, non più di un accordo tra le parti, ma della elaborazione unilaterale dell'impresa, per dirla nel linguaggio del legislatore comunitario del *professionista*, che di fatto si impone ai singoli individui. Questo dato materiale diviene allora il presupposto di fatto per l'intervento del legislatore europeo, non più conformativo dell'assetto degli interessi regolati dal contratto, che sfugge alla sua disciplina, bensì correttivo *ab externo* degli effetti distorsivi di tale assetto regolativo unilateralmente predisposto,⁸⁶ se del caso approfittando della debolezza di una delle parti del rapporto.

Il tradizionale diritto statale dei contratti forniva all'autonomia privata uno schema regolatorio per il cui tramite il legislatore predisponeva gli strumenti per la realizzazione degli scopi dei privati, strumenti contrattuali di cui erano già noti - in quanto preordinati - gli effetti, esito di un processo di valutazione giuspubblicistico. Il diritto dei contratti nella disponibilità dei privati, per quanto appunto *dispositivo* consentiva all'ordinamento giuridico di prevedere, ed in buona parte, preordinare gli sviluppi del diritto dei privati prodotto dell'autonomia. L'attuale sistema dei contratti dei consumatori è invece il frutto di un intervento del legislatore su assetti di rapporti già precostituiti dall'autonomia privata nella predisposizione unilaterale della offerta del prodotto "contratto", il cui preteso carattere normativo necessita di correttivi successivi al fine di rompere i nefasti esiti della disparità di forza tra i soggetti dell'ordinamento.⁸⁷ In realtà oggi la legge, e il diritto comunitario e dell'Unione europea, sono costretti a disciplinare le forme di esercizio di un'autonomia privata *unilateralmente* imposta al sistema delle relazioni private, come tale non più frutto di accordi ed *asimmetrica*.

Mediante la disciplina dei contratti dei consumatori, insomma, l'ordinamento muove dall'"accertamento dell'uso che il contraente più forte ha

⁸⁵ Così, espressamente, P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., spec. 404 ss., 421, 450, 476 ss.; M. ESPOSITO, op. cit., 64, 67. Implicitamente, mi sembra, G. ALPA, *Introduzione*, cit., 128.

⁸⁶ Parallelamente il controllo si spinge, però, sui contenuti del contratto, passa dal profilo formale a quello sostanziale.

⁸⁷ P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., 194 ss. parlava in tal senso di "Criteri legali di determinazione del regolamento e correzione giudiziale del contratto".

fatto del suo potere”.⁸⁸ Di qui il venir meno della capacità descrittiva della nozione di *autonomia privata*. Nell’esercizio delle proprie facoltà negoziali l’individuo, infatti, non si misura più con i “propri pari” in un sistema ispirato dal principio di autonomia, di libertà, ma è costretto a confrontarsi con un “potere privato”⁸⁹ che rompe questa eguaglianza di ruolo, costringendolo ad invocare l’intervento protettivo dell’ordinamento giuridico. Osserva Mario Esposito che così facendo “il singolo, nell’esercizio della propria autonomia, giunge a mutare la libertà in potere di imposizione, con ciò stesso egli si pone al di fuori della ‘comunità di pari’ [...] e, ponendosi in concorrenza con essa ne minaccia i fondamenti”.⁹⁰ Quella che dovrebbe apparirci come norma di condotta, prodotto dell’autonomia privata, è in realtà un “imperativo privato” che costringe l’ordinamento ad intervenire a protezione della consapevolezza delle scelte dell’individuo isolato che, lui sì, pretenda, in una società di massa, di esercitare i propri diritti di autonomia. L’ordinamento giuridico non è più, quindi, artefice degli schemi di gioco nel cui ambito muove l’autonomia privata, né è più in grado di dirigerne i movimenti in funzione di interessi superiori. Oggi corregge gli effetti distorsivi di tale autonomia i cui caratteri si presentano, nei fatti, come sempre più recessivi a fronte dei poteri privati⁹¹ che dominano il sistema dei contratti di massa, dei contratti dei consumatori.

Ispirato dall’intento di proteggere, nel consumatore, il soggetto debole - non più neanche consapevole *contraente* - il legislatore interviene nel sistema del diritto dei privati composto in via unilaterale dalle imprese attraverso strumenti successivi, si pensi alle sanzioni di nullità ed inefficacia, alla sostituzione automatica di clausole, al diritto di recesso, ai poteri correttivi del giudice, per effetto del venir meno del controllo esercitato *ex ante* ed una volta per tutte attraverso il consolidarsi di tipi legali di contratto. Il giudizio sulla meritevolezza degli interessi deve, oramai, svolgersi sul singolo *sistema di clausole che in concreto* le parti - o la parte - abbiano posto in essere utilizzando schemi di contratto del tutto estranei alla modellistica tradizionale.⁹² “La disciplina dei contratti del consumatore, del contraente debole [...]

⁸⁸ M. ESPOSITO, op. cit., 52, 83 ss.

⁸⁹ Per ragioni di economia della ricerca in questa sede non posso che alludere al quadro teorico di cui alla riflessione di C. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

⁹⁰ M. ESPOSITO, op. loc. ultt. citt.

⁹¹ Nel senso di cui in A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss.

⁹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 350 ss.

rafforza l'idea che il concreto assetto di interessi esige [...] una disciplina che si desume non già dalla mera riconduzione al tipo, ma dalle peculiarità del caso".⁹³ Il diritto dei contratti dei consumatori di matrice pubblicistica, avendo perduto la concreta capacità di governare il sistema mediante la costruzione di tipi, procede allora per principi che consentano interventi nei singoli concreti assetti di interessi, tra l'altro elaborando una normativa di supporto e garanzia dei soggetti deboli che resista alla continua evoluzione del diritto dei contratti di matrice privata, ed unilaterale. Il giudizio di meritevolezza degli interessi non più presupposto nel tipo, né desumibile dalla causa che si compone di più elementi eterogenei ricondotti, poi, ad un unico assetto contrattuale deve quindi essere svolto in concreto: "ciò che rileva è individuare l'insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare determinato contratto".⁹⁴ Così muta il ruolo del diritto statale nel nuovo sistema negoziale privatizzato.⁹⁵

A tal proposito è, forse, interessante ricordare che tra le ipotesi che cominciarono a formularsi da parte della dottrina italiana degli anni sessanta e settanta del Novecento al fine di promuovere una riflessione circa la crisi ed il superamento dell'impianto codicistico quale strumento sui cui si fondava "il sistema di governo della società civile", una delle più meditate sosteneva la promozione di una "legislazione per principi generali".⁹⁶ A me sembra che oggi, almeno nel settore del diritto dei consumatori e prescindendo per il momento da ogni valutazione circa la capacità espansiva di questo sistema di protezione del contraente debole in seno all'ordinamento generale, l'articolazione del diritto dei privati - anzi diritto per i privati - di matrice pubblicistica sia costruito su questo paradigma.⁹⁷ Cosa tanto più necessaria ove solo si pensi alla rapidità della capacità di evoluzione ed

⁹³ Op. loc. ult. cit.

⁹⁴ Op. ult. cit., 356, 365 ss.

⁹⁵ L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 155 ss.; Id., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Notariato*, 2008, 434 ss.; Id., *Diritto comunitario, "legislazione speciale" e "codici di settore"*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 11 ss., insiste molto sul profilo della "complessità" quale elemento di "frantumazione" della tradizionale unità del sistema, carattere ormai tipico del diritto privato contemporaneo.

⁹⁶ Si veda in proposito la ricostruzione critica formulata da G. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, cit., 537 ss., spec. 559 ss.

⁹⁷ Ma si veda quanto osservato da L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "legislazione speciale"*, cit. a proposito della crisi del modello tradizionale di intervento legislativo per la perdita della "vocazione a dettare regole generali, privilegiando l'introduzione di regole riferite a materie specifiche e a discipline settoriali" insistendo altresì, quale conseguenza di tale carattere settoriale degli interventi legislativi, sulla loro essenziale connotazione *funzionale* e sulla assenza di "un forte e comune indirizzo politico" a loro fondamento.

adattamento del diritto prodotto dai privati anche al fine di resistere⁹⁸ alla pretesa di contenimento avanzata, nei suoi confronti, dalle istituzioni politiche. La mobilità dell'assetto regolativo di matrice privata⁹⁹ impone all'ordinamento di darsi una struttura idonea ad adattarsi a questo fenomeno fornendo agli individui strumenti capaci di mantenere i loro effetti benefici nel tempo. Il che determina, naturalmente, l'espansione dei poteri del giudice.

Si pensi, ad esempio, al nuovo ruolo del controllo giudiziale sul contenuto del contratto presupposto dagli obblighi di "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali" di cui all'art. 2, comma 2, lett. e) del *Codice di consumo*. In estrema sintesi, allora, tra gli altri elementi utili ad identificare i termini generali dell'evoluzione del rapporto tra ordinamento giuridico statale-comunitario e dell'UE ed autonomia - e potere - dei privati, questo pure mi sembra di poter dire. Il legislatore ha via via abbandonato lo schema della tipizzazione contrattuale quale strumento di controllo e governo dell'autonomia privata e di giudizio a priori sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, mediante tale autonomia, dagli individui; a fronte della perdita della capacità di direzione dei possibili sviluppi del diritto dei privati, ed al limitato fine di poter esercitare un controllo almeno sulle forme di abuso rese possibili dalla sfigurazione dell'autonomia privata in potere, l'ordinamento giuspubblicistico ha elaborato una normativa per principi affidando più spesso, quindi, al giudice del caso concreto la elaborazione di tale giudizio di meritevolezza¹⁰⁰ sulla base di clausole generali correttive, limitative delle nuove forme di manifestazione del potere dei privati. Il tenore problematico di queste riflessioni mi sembra, del resto, ben rappresentato dalle formule utilizzate da Galgano nel già citato volume dal titolo *La globalizzazione nello specchio del diritto* quali titoli di due importanti capitoli: "Il contratto al posto della legge",¹⁰¹ "Il giudice al posto del legislatore",¹⁰² laddove si dà conto del ruolo contemporaneo del contratto quale strumento di governo della società civile e dell'accresciuto ruolo del giudice a fronte della fuga del diritto dei privati dallo spazio governato dalle autorità statali. Per tacere della funzionalizzazione della disciplina dell'autonomia privata,

⁹⁸ Si veda quanto riportato da G. ALPA, *Introduzione*, cit., 146.

⁹⁹ Si veda quanto osserva L. ROSSI CARLEO, *Art. 3*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 105.

¹⁰⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 231 ss.; M. Esposito, op. cit., 45, 73, 83 ss., 210 ss.

¹⁰¹ Op. cit., 93 ss.

¹⁰² Op. cit., 115 ss.

compresa la protezione del consumatore,¹⁰³ a fini di profitto e della stessa perdita di valore dell'accordo tra le parti nella regolazione contrattuale degli interessi privati.

2a. Consumatore, mercato e diritti di cittadinanza

Da più tempo oramai la migliore dottrina ha segnalato l'affievolimento della dimensione politica dal patrimonio dei diritti dei cittadini nella sfera pubblica europea,¹⁰⁴ deducendo dalla lettura degli stessi trattati - e dalla evoluzione del sistema istituzionale europeo - la neutralizzante definizione preventiva dei possibili sviluppi dell'ordinamento.¹⁰⁵ La politica, nel sistema europeo, definita volta a volta dai governi degli Stati in sede di Consiglio europeo, viene poi positivizzata e declinata normativamente in quella parte dei trattati - nel Trattato di Roma del 2004, ad esempio, riproposta nella famosa Parte III; analogamente, seppur in un diverso contesto formale, nel Trattato di Lisbona del 2007, Trattato sul Funzionamento dell'UE,¹⁰⁶ nella lunga Parte Terza, artt. 26 ss. - intitolata, appunto, alle "politiche comunitarie". Gli obiettivi dell'Unione e gli strumenti per la loro realizzazione vengono irreggimentati così nelle "competenze" declinate nel dettaglio della disciplina normativa, privando qualunque soggetto politico, ed i cittadini europei in primo luogo, della possibilità giuridica di influenzarne in alcun modo la determinazione e lo sviluppo. Neutralizzazione della dimensione politica del sistema, quindi, depotenziamento della rappresentanza politica, qualificazione meramente nominalistica dei diritti politici, in una concezione della democrazia in senso soltanto formale. Questo fenomeno riceve, ora, conferma dall'esame delle nuove declinazioni delle forme e del ruolo del diritto dei privati.

Mentre il codice civile è espressione di una concezione della cittadinanza costruita sulla base della garanzia dei diritti civili, quali strumenti della libertà di autodeterminazione dell'individuo cui l'ordinamento giuridico offre protezione anche nei confronti degli stessi poteri pubblici, il diritto dei consumatori si presenta come corollario della definitiva affermazione della

¹⁰³ Op. ult. cit., 100.

¹⁰⁴ Ricordo il significativo contributo di G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in *AIC, Annuario 1999, La Costituzione europea*, Padova, 2000, 473 ss.

¹⁰⁵ Ulteriori riferimenti bibliografici nel mio *Considerazioni critiche sul concetto di "legge europea"* in *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, 2004, spec. 67 ss.

¹⁰⁶ C 115/49, versione consolidata del 9 maggio 2008.

*lex mercatoria*¹⁰⁷ quale fondamento dell'ordinamento giuridico globale ed europeo contemporanei. E' noto che il diritto dei consumatori non guarda agli individui come comuni cittadini ma appunto come *consumatori*, in senso materiale. Laddove il codice civile presuppone l'individuo qualificato come "uomo integrale"¹⁰⁸ e la Costituzione repubblicana guarda alla dignità sociale del singolo fondandola sul lavoro, il diritto comunitario e dell'UE declinano gli sviluppi normativi del mercato guardando indistintamente, quali destinatari delle proprie prescrizioni, ai cittadini comuni ed alle imprese. L'avvento dei consumi di massa, che hanno assorbito i conflitti sociali nella "medietà del benessere", ha contribuito al "dissolvimento" dell'individuo quale "parte" della relazione contrattuale, quale soggetto portatore di interessi particolari liberamente negoziabili in sede di accordo contrattuale, "nella massa, portatrice di bisogni omogenei e artificiali, suscitati od orientati dagli strumenti di pubblicità; e dove i beni sono offerti e venduti con modalità meccaniche e ripetitive [...] L'autonomia privata" osserva Irti "si restringe tutta nella scelta delle cose, nella *decisione di preferire un oggetto all'altro*".¹⁰⁹ L'autonomia privata nell'era dei consumi di massa e nella concezione dell'individuo-consumatore professata dalla attuale legislazione di matrice europea, perde il valore di espressione della volontà del cittadino consapevole che, attraverso la libertà di scelta implicata dall'autonomia, partecipa alla elaborazione delle regole per la disciplina dei propri interessi. La immediatezza della relazione bisogni-cose dissolve la stessa libertà del singolo, sfigura l'autonomia privata di tutti i cittadini in indipendenza dal diritto dello Stato di una soltanto delle parti della relazione contrattuale, quella che coincide con gli attuali "professionisti", rincorsi oggi dall'ordinamento giuridico al fine di contenerne la capacità di abusare del proprio potere in funzione di parziale riequilibrio dei diritti dei "comuni privati".

Nel passaggio epocale dall'era dello Statuto dei lavoratori¹¹⁰ a quella dello Statuto del consumatore - termine non a caso declinato al singolare - si manifestano i sintomi più evidenti delle trasformazioni in corso nelle forme di Stato contemporanee, impegnando peraltro ancora l'ordinamento

¹⁰⁷ Utilizzo questa categoria nel senso proprio della elaborazione teorica proposta da F. GALGANO, *Lex mercatoria* (1976), Bologna, 2010.

¹⁰⁸ N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., spec. 38 ss., 61.

¹⁰⁹ Op. ult. cit., 10, 65 s., 96 s.

¹¹⁰ La celebre legge 20 maggio 1970, n. 300.

giuridico nella difesa del singolo “contro lo strapotere planetario delle imprese [...] contro gli immani poteri della macchina economica”.¹¹¹

Al diritto dei privati fondato sul riconoscimento e la garanzia dell'autonomia degli individui, proprio delle forme di Stato costruite sulla base di società politiche omogenee o ispiratrici di formule di governo dirigiste si sostituisce oggi un nuovo diritto dei privati di carattere eteronomo, parzialmente prodotto da alcuni soggetti distinti tra gli stessi privati e corretto dalle nuove forme di intervento pubblico nella disciplina dei rapporti commerciali di massa. La più ampia libertà, non più autonomia ma indipendenza, frutto della privatizzazione e della deterritorializzazione del diritto dei contratti genera, infatti, fortissimi pericoli di abuso ai quali il diritto europeo dei contratti dei consumatori tenta oggi di porre un limite *ab externo*. Nuovi tipi di ricchezza stanno generando, insomma, un nuovo diritto dei privati.¹¹²

Se il valore del *limite*, quale effetto della posizione di un diritto dei privati di matrice pubblicistica, statale o comunitaria, muta in seguito alle descritte trasformazioni del diritto dei privati nella rinnovata distinta relazione tra ordinamento giuridico ed autonomia privata - trasformata in potere privato - lo stesso principio di legalità perde il suo originario fondamento. Non più strumento legale di protezione dell'autonomia dei privati e degli interessi meritevoli di tutela costruito sullo schema del tipo contrattuale¹¹³ ma, per via della trasformazione del modello di intervento normativo statale secondo lo schema delle clausole generali ai fini del contenimento dei rischi di abuso da parte dei poteri privati, processo dinamico governato con l'essenziale contributo della giurisprudenza.¹¹⁴ Il nuovo diritto dei consumatori è sempre più composto da un sistema di norme imperative, con una corrispondente riduzione delle norme di matrice statale-comunitaria a carattere dispositivo. A fronte della più ampia interferenza del diritto di matrice pubblicistica quale correttivo del diritto dei consumatori in questo settore dell'ordinamento cede conseguentemente anche il carattere di “forza di legge tra le parti”¹¹⁵ tradizionalmente proprio del vincolo contrattuale,

¹¹¹ N. IRTI, op. ult. cit., 67, 77 s., 82.

¹¹² Secondo lo schema già descritto da P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 151 ss.

¹¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 262, nt. 202), 350 ss.

¹¹⁴ Sul ruolo del giudice nella disciplina dei contratti nel rinnovato contesto del diritto europeo unificati v. G. VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 585 ss.

¹¹⁵ Così anche, con riferimento alla recente riforma del BGB tedesco, S. PATTI, *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e impresa*, 2004, 952 ss., 958 s.

che in effetti non è più tale per il venire meno del libero accordo tra soggetti egualmente titolari di autonomia privata. Questa muta di valore, trasformandosi in potere privato addirittura indipendente dal diritto statale, per un verso, e tendendo del tutto a scomparire, dall'altro. Da un lato il potere del professionista, dall'altro le esigenze del consumatore, privo di autonomia di scelta sui contenuti degli obblighi che viene assumendo, ma bisognoso di protezione da parte dell'ordinamento.

Il nuovo diritto dei consumatori di matrice europea si origina, del resto, dai processi di integrazione del mercato interno, quale risultante dei rinnovati assetti tra le forze economiche ed i cittadini, tra gli individui e le imprese. In questa ottica non può negarsi, nella disciplina di tali rapporti, la prevalenza della dimensione economica su quella politica e sociale.¹¹⁶ Come ricordato dallo stesso Alpa, "il *mercato interno* esige che la circolazione di beni e di servizi non sia ostacolata da legislazioni nazionali che o ignorano il consumatore oppure presentano livelli di protezione troppo diversificati tra loro",¹¹⁷ con ciò ribadendo il carattere funzionale del processo di integrazione europea anche nei settori di più accentuato rilievo per gli stessi diritti fondamentali.¹¹⁸ La nozione giuspolitica di cittadinanza è, in tale contesto normativo, sostituita da una versione economico-sociale del concetto,¹¹⁹ in funzione della caratterizzazione di quell'ordinamento sul piano materiale che non può non incidere nella qualificazione delle declinazioni normative della stessa forma di Stato, di cui i diritti fondamentali sono elemento determinante.

In questo quadro problematico il riferimento alla nozione di cittadinanza nel contesto europeo, con evidente allusione alle categorie

¹¹⁶ Si veda la ricostruzione proposta da N. REICH, *Il consumatore come cittadino - il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in NGCC, II, 2004, 345 ss.

¹¹⁷ *Introduzione*, cit., 47, 48 ss., 183, 190 s., 272 s.; *Id.*, Art. 1, cit., 29. Sul punto, altresì, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 219, 260, 364, 532 s. Ma si veda, già, N. IRTI, *Codice civile*, cit., 67, 96 s.

¹¹⁸ Con specifico riguardo proprio ai diritti dei consumatori, in relazione al divieto di adozione da parte dei singoli Stati membri di strumenti di protezione ulteriori rispetto a quelli già previsti dalle direttive CE/UE, a difesa del processo di integrazione del mercato interno, criticamente N. REICH, *Il consumatore come cittadino*, cit., 348, 351 ss. anche per la dettagliata analisi della giurisprudenza comunitaria in tal senso.

¹¹⁹ In tale contesto teorico si veda quanto osservato da A. SOMMA, *La cittadinanza nella società del diritto privato, Relazione al convegno su Cittadino-consumatore e democrazia aperta: modelli per una partecipazione attiva*, Roma, 01-02 febbraio 2008, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, 315 ss.

performative dei principi di una presunta “forma di Stato” dell’ordinamento dell’Unione europea,¹²⁰ induce alla formulazione di qualche cauta riflessione critica anche sulla costituenda nozione di “diritto privato europeo”.¹²¹ A me sembra, innanzi tutto, che la elaborazione di un apparato sistematico di norme e principi di diritto privato europeo¹²² sconti le medesime difficoltà teoriche che, nel nostro ambito disciplinare, incontra la pretesa elaborazione di un’autonoma nozione di “costituzione europea”. Come avrò modo di precisare tra un momento, questa tensione mi pare si manifesti soprattutto in riferimento al tentativo di concepire un “codice” di diritto privato europeo,¹²³ se per codice si debba intendere uno strumento di legislazione pubblica, contenente cioè una disciplina di “carattere legislativo” dell’autonomia privata, sulla falsariga, appunto, dei tradizionali codici di diritto statale.

In questa sede non è, naturalmente, possibile andare oltre alcune brevi considerazioni d’insieme, ma anche con queste cautele non sembra inutile nel contesto della riflessione qui condotta interrogarsi circa la possibile sussistenza, a fronte del tradizionale modello statale di diritto privato, pur nella sua evoluzione storico-politica, di un modello “europeo” di diritto privato comune. In prima approssimazione, però, sembrerebbe da escludersi la stessa pensabilità di un codice unitario di diritto privato europeo¹²⁴ a fronte degli stessi sviluppi della scienza giuridica giusprivatistica, alimentata dalla evidente tensione tra modello culturale di *civil law* e modello di *common law*,¹²⁵ al pari di quanto riscontrato in relazione alle tematiche emerse intorno al concetto di “costituzione europea”.¹²⁶ E’ proprio l’ottica evolutiva del diritto privato al tramonto della centralità del diritto dei singoli

¹²⁰ Emblematica delle difficoltà di tale sforzo mi sembra la riflessione di F. PALERMO, *La forma di stato dell’Unione europea*, Padova, 2005.

¹²¹ Ancora si vedano le suggestive riflessioni di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *L’idea*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., I, 3 ss.

¹²² Rinvio, per il momento, alla letteratura citata alle note 1) e 2).

¹²³ Per importanti riferimenti rinvio a quanto riportato in G. ALPA, *Il diritto privato europeo*, cit., spec. 12 ss.

¹²⁴ Rinvio alla stimolante riflessione di C. CASTRONOVO, *La codificazione*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., I, 171 ss.

¹²⁵ Mi pare esemplare, sul punto, la riflessione critica proposta da U. MATTEI e A. DI ROBILLANT, *Il lungo addio. Il codice civile italiano ed il Code Napoleon nel declino del positivismo statalista*, in G. ALPA - G. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., spec. 95 ss.

¹²⁶ Mi sia consentito rinviare, per semplicità, a quanto già sostenuto in *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in *Costituzione europea, costituzione economica, allargamento*, Atti del Convegno presso l’Università degli Studi di Teramo, 22-23 aprile 2005, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/diritti_fondamentali_bilancia/>. Si vedano inoltre le interessanti considerazioni di F. PALERMO, *La forma di Stato*, cit., 85 ss., 231 ss.

Stati in funzione della uniformazione della legislazione europea a suggerire, infatti, la tesi che fonderebbe gli sviluppi di un autonomo diritto privato europeo su basi giuspolitiche proprie,¹²⁷ non mutuabili cioè dai principi elaborati dalle forme giuridiche dei singoli Stati nel secondo Dopoguerra.

La difficoltà di rilevare un'ipotesi di "codificazione quale manifestazione, sul terreno delle leggi, dell'unità che si" andrebbe "costituendo a livello" europeo¹²⁸ porterebbe piuttosto a pensare alla opportunità di un coordinamento su base unitaria di discipline sostanziali differenti, seppur in fase di armonizzazione, preferendo la via della uniformazione delle norme di conflitto.¹²⁹ Come avremo modo di specificare nei paragrafi seguenti, peraltro, anche l'ipotesi di un diritto legislativo atto a contenere i possibili sviluppi di un'autonomia privata¹³⁰ diseguale, carattere tipico della disciplina legislativa statale del diritto dei privati del secondo Novecento è un elemento che nei progetti di codificazione europea appare recessivo, laddove l'elaborazione dottrinale di modelli di codificazione è invece a forte rischio di egemonia da parte dei grandi studi professionali. Non così, forse, in seno ai c.d. codici di settore,¹³¹ ma certamente in materia di "obbligazioni e contratti" una riflessione su tali basi sarebbe invece opportuna.

Le criticità di fondo di un tale percorso teorico dovrebbero, pertanto, condurre a ricercare direttamente nella prassi normativa e giurisprudenziale dell'Unione europea il modello europeo proprio di diritto privato comune piuttosto che tentare l'improbabile trapianto nel sistema UE del modello statale di codice civile, per quanto *unificato* su basi comuni. Al pari di quanto accade per gli elementi del costituzionalismo europeo in corso di lento consolidamento - che andrebbero indagati nel proprio specifico

¹²⁷ Estremamente stimolante in proposito la lettura di P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008, 43 ss., spec. 58 ss.

¹²⁸ C. CASTRONOVO, *La codificazione*, cit., 178. Si veda, altresì, quanto osservato da L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "legislazione speciale"*, cit., 3 del dattiloscritto.

¹²⁹ Op. ult. cit., 177 nonché, seppur criticamente, 182 ss. Ma si veda quanto osservato da C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *L'idea*, cit., 10 ss. Per una valutazione di merito si vedano ancora S. MAZZAMUTO e A. PLAIA, *I rimedi*, ivi, II, 739 ss.

¹³⁰ Interessanti considerazioni ancora in G. ALPA, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 249 ss.; nonché in C. SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale e la legge*, ivi, 299 ss.

¹³¹ In questa prospettiva si vedano, almeno, N. IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione*, in *Dir. Soc.*, 2005, 131 ss.; L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice di consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 879 ss.; R. ROLLI, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1496 ss.

contesto resistendo alla tentazione di trapiantare nominalmente in quel sistema la nozione di costituzione di matrice statale - infatti, un'analisi diretta alla sistemazione dei caratteri propri del nascente diritto europeo del diritto dei privati, secondo la sua propria natura, sembrerebbe assai più proficua. Per tacere, in questa sede, della vera e propria battaglia ideologica attualmente in corso intorno ai progetti di politica del diritto per la definizione del nuovo modello di intervento pubblico nell'economia dei privati, vale a dire del nuovo diritto privato europeo di matrice legislativa. Come è noto, infatti, si contrappongono diversi progetti di intervento legislativo europeo sul diritto dei privati, nel fronteggiarsi di sistemi di principi e modelli tra loro distinti, figli di differenti prospettive astrattamente configuranti opposti tipi di "forma di Stato".¹³²

2b. L'autonomia ed il potere dei privati nella dimensione macroeconomica

L'analisi degli effetti delle nuove forme di esercizio dell'autonomia privata sui diritti di quella particolare categoria di cittadini per i quali si rende rilevante, nel singolo specifico concreto rapporto, lo *status* di consumatore deve però proseguire fino a comprendere nella riflessione il fenomeno dei c.d. *prodotti finanziari*, tra le più importanti creazioni contemporanee delle nuove forme di manifestazione dell'autonomia di alcuni soggetti privati. Come da tempo posto in rilievo da Galgano,¹³³ oggi il contratto non è più soltanto un mezzo utile ai fini della circolazione della ricchezza, ma diviene esso stesso strumento per la creazione di ricchezza immateriale. "La parola 'prodotto' si è dematerializzata, viene impiegata per indicare i 'prodotti finanziari' ".¹³⁴

¹³² Qui non posso che limitarmi ad alcune citazioni soltanto, emblematiche però dell'interessantissimo dibattito in corso in chiave di vero e proprio conflitto ideologico sul tenore della nuova forma di Stato implicata dal modello di intervento normativo nel campo del diritto privato, sul presupposto di una nuova configurazione addirittura dei rapporti tra diritto ed economia. Si vedano, così, Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo*: un manifesto; M. BARCELLONA, *Sui progetti di codice civile europeo: la buona fede tra giustizia sociale e globalizzazione* (nota per il Gruppo di lavoro "Diritto privato europeo", 30 giugno 2005, in <www.astrid-online.it>); A. SOMMA, *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2 del 2006; U MATTEI - F. G. NICOLA, *A 'Social Dimension' in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *Global Jurist*, 2007, v. 7, Issue 1, art. 2, <<http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art2>>.

¹³³ *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 195 ss.

¹³⁴ *La globalizzazione*, cit., 17 ss., 32 ss.

Sappiamo che il *Codice di consumo* dedica specifiche norme a protezione del consumatore che acceda a quelle forme di finanziamento qualificate come “credito al consumo” (artt. 40 ss.). Il Testo unico sull’intermediazione mobiliare del 1998¹³⁵ provvede, altresì, a declinare specifiche forme di tutela del privato che risponda alle sollecitazioni al pubblico risparmio,¹³⁶ provandosi in qualche modo a compensare le scontate asimmetrie tra contraenti professionali e comuni risparmiatori.¹³⁷ Oggi le nuove disposizioni integrative di tale Testo unico, esito del recepimento del gruppo di direttive c.d. MIFID¹³⁸ - Nuova disciplina degli intermediari e dei mercati - consentono al diritto dei risparmiatori di compiere ulteriori passi nell’implementarne gli strumenti di protezione giuridica.

Come è noto le nuove norme¹³⁹ prescrivono importanti ulteriori cautele, soprattutto nei confronti dei risparmiatori privi di specifica cultura finanziaria, come tali maggiormente esposti ai rischi connessi a tali forme di investimento. Regole di *best execution*, con obbligo di eseguire l’ordine del cliente alle migliori condizioni possibili; maggiori obblighi informativi prima e dopo la negoziazione dei prodotti finanziari; nuova definizione e garanzia di pratica del “prezzo giusto” nella esecuzione dei relativi contratti di negoziazione. Ma soprattutto, come accennato, la differenziazione tra investitori qualificati, professionisti, operatori di borsa, gestori di fondi di investimento, da una parte, e semplici investitori al dettaglio, come tali non qualificati, dall’altra. Per questa categoria di risparmiatori si aprono specifiche forme di protezione quanto agli obblighi informativi sui prodotti finanziari, i relativi rischi, le forme di tutela ed i criteri di determinazione dei prezzi. In aggiunta sono previste nuove norme sui conflitti di interesse degli operatori professionisti e più ampi poteri di vigilanza ed intervento a vantaggio delle autorità di regolazione. Ulteriori più ampie garanzie sono, inoltre, previste dalle norme di modifica dello stesso *Codice del consumo*¹⁴⁰ che ridefiniscono i

¹³⁵ D. l.vo 24 febbraio 1998, n. 58, più volte aggiornato e modificato, fino alle leggi nn. 97 e 98 del 2013.

¹³⁶ Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno, inoltre, adottato una direttiva che ridefinisce i diritti degli azionisti di minoranza e le modalità di esercizio dei diritti di voto connessi alla titolarità di azioni nelle società quotate, 2007/36/EC del 11 luglio 2007, oggi oggetto di un’importante proposta di modifica da parte della Commissione UE, si v. IP/14/396 del 9 aprile 2014.

¹³⁷ Avevo provato a valutare l’efficacia di tali strumenti di protezione della proprietà mobiliare dei piccoli risparmiatori nel mio *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 160 ss., al quale rinvio anche per la bibliografia ivi citata.

¹³⁸ Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164.

¹³⁹ Ma si vedano, ancora, la nuova direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014, nonché il regolamento UE del 16 aprile 2014 n. 596/2014 di contrasto al c.d. “*market abuse*”.

¹⁴⁰ Decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007.

poteri dell'Autorità *antitrust* in materia di pubblicità ingannevole e di concorrenza sleale, per contrastare le pratiche commerciali definite "aggressive" ed "ingannevoli" assunte in danno dei consumatori. Sono, inoltre, previste nuove norme sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.¹⁴¹

Tutte le nuove misure sono destinate ad accrescere notevolmente gli strumenti a disposizione dei singoli risparmiatori al cospetto degli operatori professionali nelle contrattazioni aventi ad oggetto i prodotti finanziari, elevando in misura assai rilevante i livelli di protezione dei primi nelle relazioni contrattuali con i secondi, sempre al fine di rompere la disuguaglianza delle rispettive posizioni, la differenza di forza contrattuale e le asimmetrie informative a protezione dei soggetti più deboli.

Le nuove disposizioni, però, hanno accentuato notevolmente anche il livello di liberalizzazione del settore,¹⁴² attribuendo ulteriori importanti spazi di manovra all'autonomia privata, con specifico riferimento agli operatori professionali sui mercati dei prodotti finanziari. Le norme di recepimento delle direttive MIFID hanno prodotto, infatti, la rottura della posizione centrale già occupata dai mercati regolamentati nel sistema degli scambi azionari, aprendo spazi a nuovi sistemi multilaterali di negoziazione e consentendo altresì che, a determinate condizioni, gli scambi si svolgano all'interno dello stesso portafoglio azionario detenuto dal singolo intermediario. Alla società di gestione del mercato regolamentato, alla borsa - già da tempo, peraltro, soggetto privatizzato - si sono affiancati quindi, sempre alle condizioni prescritte, anche singoli investitori ed imprese non finanziarie. Già da tempo operavano, infatti, sul mercato numerosi "Sistemi di scambi organizzati"¹⁴³ (SSO) gestiti da operatori bancari registrati; ora la nuova normativa li ha, in sostanza, legittimati affidando anche ad essi, a condizione che rispettino le stesse prescrizioni previste, *mutatis mutandis*, per i mercati regolamentati, la gestione della negoziazione dei titoli, così aumentando la flessibilità complessiva del sistema. Alla rottura della vecchia concentrazione delle negoziazioni all'interno dei mercati regolamentati consentita dalla legittimazione degli MTF si è quindi aggiunta la possibilità che anche singoli

¹⁴¹ D. l.vo n. 221 del 23 ottobre 2007.

¹⁴² M. DRAGHI, *Transformations in the European financial industry: opportunities and risks*. Center for financial studies, Presidential Lecture Series, Francoforte, 22 novembre 2007, 13.

¹⁴³ *Multilateral Trading Facilities* MTF, nel linguaggio della direttiva.

intermediari possano utilizzare il proprio portafoglio titoli per concludere le transazioni al servizio dei propri clienti, così *internalizzandole*. In questo modo Borsa, MTF ed intermediari si sono posti in concorrenza reciproca, incrementando l'efficienza del sistema complessivo degli scambi.

Ma tornando al ruolo dell'autonomia privata nei rapporti tra questi soggetti professionali ed i risparmiatori, abbiamo già ricordato come le nuove, importanti forme di tutela riconosciute dalla citata normativa a vantaggio di questi ultimi si muovano, essenzialmente, sul piano dei reciproci rapporti contrattuali tra collocatori degli strumenti finanziari ed investitori. In questa dimensione, come dire, interpretatistica si conferma la prospettiva di sviluppo della normativa a protezione dei consumatori e dei risparmiatori in un'ottica settoriale, al di fuori della considerazione degli sviluppi dei diritti di cittadinanza. Il sistema normativo procede guardando ad alcuni aspetti soltanto del complesso patrimonio dei diritti degli individui, al mero scopo di proteggerli al cospetto degli sviluppi ordinamentali *agiti* da altri, soggetti delle nuove forme di esercizio del potere privato, degenerazione delle nuove forme di *autonomia privata asimmetrica*, nei cui confronti i pubblici poteri, - il legislatore europeo e nazionale insieme - costruiscono ormai soltanto meri correttivi esterni.

Questo è, allora, il punto: la definizione dei nuovi rapporti tra ordinamento giuridico ed autonomia privata *nella nuova dimensione finanziaria globale*, esito dei processi di liberalizzazione della circolazione dei capitali che avviene oggi attraverso la negoziazione di prodotti finanziari, ricchezza immateriale frutto della *creazione della stessa autonomia privata*.

Ma in questa dimensione macroeconomica l'autonomia privata è in grado di compromettere la tenuta stessa del sistema finanziario internazionale, generando crisi di liquidità alle quali le banche centrali nazionali riescono a mala pena a porre provvisorio rimedio. Siamo, evidentemente, all'oggi, all'attuale crisi del sistema finanziario dovuto anche agli effetti della cartolarizzazione dei crediti¹⁴⁴ c.d. *subprime* originata in prima battuta dal sistema bancario statunitense. Il processo, ormai descritto abbastanza dettagliatamente dagli analisti finanziari, è stato più o meno questo. Importanti

¹⁴⁴ Per un'indagine completa sull'origine del fenomeno della cartolarizzazione dei crediti nell'ordinamento italiano, con ampi riferimenti al fenomeno nel sistema comparato, e per un'analisi della relativa disciplina giuridica si rinvia a L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, in E. GABRIELLI - R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli*, Torino, 2004.

istituti finanziari hanno sostenuto per anni una politica dei crediti piuttosto flessibile, concedendo mutui a soggetti a rischio soprattutto per l'acquisto di immobili - assunti peraltro a garanzia dei prestiti - compensando il pericolo dell'insolvenza dei clienti con gli alti tassi di interesse concordati, spesso in misure variabili e crescenti nel tempo. Il flusso finanziario così immobilizzato è stato, poi, riprodotto scontando i crediti attraverso la loro cartolarizzazione. Gli istituti di credito, cioè, hanno istituito dei fondi di investimento garantiti dai crediti *subprime* vantati verso il sistema, offrendo un'alta redditività per invogliare il mercato - i risparmiatori - a sottoscrivere le quote. Quote che sono state così immesse sul mercato del risparmio. Tutto questo fino a quando le insolvenze a catena degli originari debitori *subprime* non si sono riversate sui fondi di investimento e sui loro sottoscrittori, coinvolgendo gli stessi istituti di credito che li avevano creati ed immessi sul mercato.

Il sistema era alimentato dalla immensa liquidità circolante, via via accresciuta mediante la creazione di ricchezza virtuale attraverso la produzione di contratti derivati sui titoli in circolazione. La crisi di fiducia generata dalle insolvenze ha rotto la catena finanziaria contraendo fortemente la quantità di denaro circolante e generando un'impennata del costo dei finanziamenti che gli stessi istituti di credito sono soliti concedersi reciprocamente.¹⁴⁵ Quest'ultimo passaggio ha, tra l'altro, consentito la esportazione a livello planetario della crisi finanziaria. A seguire si sono prodotti i seguenti effetti: perdita esponenziale di valore dei fondi *subprime*, creati cartolarizzando i crediti per i mutui concessi a soggetti a rischio che nessuno ha poi più voluto comprare; gravi perdite di bilancio degli istituti di credito;¹⁴⁶ aumento dei saggi di interesse interbancari che gli istituti di credito sono costretti a corrispondersi reciprocamente per fare fronte all'improvvisa crisi di liquidità e comunque al crollo di *fiducia* nel sistema; conseguente aumento del costo dei mutui a tasso variabile già stipulati dai singoli risparmiatori che nei tassi interbancari hanno uno dei coefficienti di misurazione del saggio di interesse dovuto alle banche per il servizio dei mutui sottoscritti. E il cerchio si chiude. La crisi finanziaria di molti singoli risparmiatori che avevano sottoscritto mutui ipotecari per l'acquisto della propria casa è stata

¹⁴⁵ Questo ha generato la crescita esponenziale in Europa dei tassi c.d. *Euribor*, il coefficiente di misurazione del costo dei prestiti interbancari base di misurazione dei saggi di interesse a servizio dei mutui stipulati dai singoli risparmiatori.

¹⁴⁶ L. SPAVENTA, *Il rischio mutui*, in *La Repubblica*, 8 dicembre 2007, 1, 53.

così generata non dall'aumento del costo del denaro deciso dall'istituto di emissione, la Banca Centrale Europea (BCE), per ragioni di politica monetaria, ma dalla crescita dei tassi interbancari causata dalla crisi del mercato dei titoli derivati, prodotti contrattuali dell'autonomia privata.¹⁴⁷

Ma c'è di più. Le pratiche speculative, attraverso la creazione e collocazione sul mercato dei prodotti derivati ha a suo tempo generato anche l'impennata dei prezzi del petrolio, altra importante voce del bilancio familiare, capace quindi di incidere sull'assetto patrimoniale dei consumatori, sul loro sistema dei diritti patrimoniali. I più avvertiti analisti hanno, infatti, da tempo scoperto che i fondi di investimento più liberi da vincoli finalistici, i c.d. *hedge funds*, hanno cominciato ad investire su prodotti finanziari, derivati dei contratti di compravendita di partite petrolifere, i c.d. *futures*, scontandone in anticipo la variazione dei prezzi. Le previsioni di crescita di questi ultimi hanno così determinato una crescita di valore di tali titoli derivati, che hanno anticipato la salita dei prezzi del petrolio incorporandola nel proprio valore attuale. Il mercato ha così dovuto pagare per lungo tempo il prezzo che il petrolio avrebbe avuto in futuro, in previsione della esplosione dei consumi in Asia nei prossimi venti anni e della conseguente crisi dell'offerta. Gli effetti dell'azione di questa nuova forma di autonomia contrattuale asimmetrica, creativa di ricchezza immateriale, così, si riversano sotto forma di imposizione occulta sui bilanci dei risparmiatori inconsapevoli che, pur non essendo controparti contrattuali dei nuovi poteri finanziari privati, come tali non protetti neanche dalle versioni più recenti della disciplina a tutela del consumatore e del risparmiatore, insomma della parte debole comunque la si voglia chiamare, sono in balia dei "professionisti" e dei loro affari, subendo danni incalcolabili anzi, il che è peggio, imprevedibili. Fino al punto da generare, a seguito del consolidarsi della crisi di liquidità e di fiducia su scala globale, la attuale gravissima fase di recessione economica, foriera di un'attesa drammatica conseguente crisi di occupazione su base planetaria.

E siamo di nuovo al punto di partenza. Diritti dei consumatori, diritti dei risparmiatori, mercati liberalizzati e diritti di cittadinanza. Le forme attuali di contenimento dell'autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico sono del tutto inefficienti nel quadro macroeconomico, a causa della

¹⁴⁷ Una informata panoramica sul fenomeno nella Audizione presso la IV Commissione (Finanze) della Camera dei Deputati dell'Avv. C. FAISSOLA, Presidente dell'ABI, dal titolo *Problematiche relative al collocamento di strumenti finanziari derivati*, Roma, 8 novembre 2007.

assoluta mancanza di competenza della legislazione nazionale nel regolare i rapporti tra privati, mediati in quel contesto dalla sfera finanziaria globale. Gli strumenti di protezione dei singoli individui predisposti dal legislatore statale attraverso la disciplina dello statuto del consumatore e di quello del risparmiatore possono incidere soltanto sul terreno dei rapporti privati, a tu per tu nella predisposizione di singoli contratti, ma non possono incidere sull'autonomia privata, limitandone gli effetti e correggendone gli abusi, quando questa agisca nel sistema finanziario globale, abbandonando il singolo consumatore in un regime di solitaria impotenza.

A fronte dell'avvenuto fallimento del sistema questi importanti esempi dovrebbero indurre oggi a riflettere circa le nuove frontiere dell'autonomia privata, affidataria per scelta politica dell'ordinamento giuridico della disciplina dei mercati finanziari. Il diritto dei privati in tali ambienti è, pertanto, il prodotto di un'autonomia contrattuale asimmetrica di fronte alla quale i singoli risparmiatori non sono più cittadini partecipi, direttamente o indirettamente, della elaborazione delle regole giuridiche, ma meri destinatari della regolamentazione elaborata privatisticamente, seppur nel quadro dei principi posti dal legislatore e sotto la vigilanza di un'autorità indipendente.

I compiti dell'autonomia privata che non sia addirittura indipendente dall'ordinamento giuridico generale, impongono oggi una nuova declinazione dei compiti dei "signori dei contratti" a protezione dei più elementari valori di convivenza civile, ridefinendo nello spazio giuridico globale i doveri di servizio verso la comunità nei confronti della quale si possiede un così ampio potere privato. I paradigmi del costituzionalismo¹⁴⁸ almeno questo dovrebbero provare ad imporre, che a fronte di un grande potere si assuma una corrispondente responsabilità che in tale ultimo caso dovrebbe comportare l'obbligo di concorrere, nell'esercizio dell'autonomia *normativa* asimmetrica di cui si dispone in linea di fatto, alla costruzione di un ambiente giuridico in linea di continuità con quello generato per il tramite dell'esercizio dei diritti di cittadinanza, diritti che perderebbero altrimenti il proprio substrato materiale in ambienti in cui gli individui vengono ridotti a meri consumatori, risparmiatori o utenti.

¹⁴⁸ Si segnala, inoltre, la prospettiva di analisi offerta dagli studi sulla c.d. "costituzionalizzazione del diritto privato", di cui un utile esempio è fornito dalla recente raccolta di saggi nell'interessante volume di T. BARKHYSEN, LINDENBERGH, S. D. (Edited by), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Boston, 2006.

3. A mo' di conclusione: diritti dei consumatori e manipolazione dei loro bisogni

Una teoria dei diritti dei consumatori che voglia definirsi completa non può non confrontarsi, infine, con il fondamentale problema della maturazione consapevole della percezione dei propri bisogni individuali, fondamento delle pretese che confluiscono, quale loro contenuto sostanziale, in tali diritti. Già in passato mi sono misurato con tale impostazione.¹⁴⁹ In questa sede mi limito, pertanto, a riprendere alcune di quelle considerazioni all'esclusivo fine di ricordare il problema.

E' ormai un dato comune dell'esperienza, tra gli studiosi delle scienze sociali, la constatazione della scarsa sensibilità dei cittadini per i diritti di libertà privi di immediato valore economico.¹⁵⁰ La libertà ed il pluralismo nell'informazione, il conflitto di interessi¹⁵¹ nel governo delle imprese societarie e dei titolari di cariche pubbliche, la libertà di manifestazione del pensiero e l'eguaglianza sono spesso per i cittadini un problema inesistente, dimostrandosi questi semmai ben più attratti dalla verifica della consistenza economica delle facoltà connesse con i propri diritti di carattere patrimoniale.¹⁵²

Il marketing politico è in grado oggi di costruire falsi bisogni, o bisogni procurati e di manipolare il tasso di percezione dei propri bisogni da parte dei consociati così interferendo nella composizione dei processi di selezione delle priorità che diverranno oggetto dell'agenda politica quotidiana.

La difesa dei diritti come lotta per la soddisfazione delle corrispondenti pretese, matrice del costituzionalismo, si fonda sui bisogni quali percepiti dai singoli individui al cospetto della società come comunità politica, prima, e delle istituzioni pubbliche poi. I diritti come oggetto delle pretese degli individui si rappresentano antropologicamente come proiezioni

¹⁴⁹ *Falsa percezione dei bisogni e vera tutela dei diritti*, in F. RIMOLI - G. M. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006. 167 ss.; *Paura dell'altro. Artificialità dell'identità e scelta dell'appartenenza*, in F. BILANCIA - F. M. DI SCIULLO - F. RIMOLI (a cura di), *Paura dell'altro*. Roma, 2008, 217 ss.; Id., *Medo do outro: artificialidade de identidade e escolha do grupo de pertença*, in F. M. SPENGLER - P. TARSO BANDÃO, de (Dir.), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Conceito editorial, 2009.

¹⁵⁰ Rinvio al fondamentale contributo di Z. BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, 2006, tr.it. di M. DE CARNERI - P. BOCCAGNI, Trento, 2007, spec. 35 ss.

¹⁵¹ G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*. Adelphi, Milano 2003, 17 parla di "sorprendente mancanza di vera censura sociale sul fenomeno".

¹⁵² Con riferimento soprattutto, come si vedrà, ai falsi bisogni piuttosto che non ai bisogni materiali matrice di diritti, come ad esempio nel caso dei diritti sociali.

dei bisogni nella sfera giuridica sotto forma di contenuti pretensivi protetti dall'ordinamento. Le teorie dei diritti non hanno mai tenuto conto, finora, di una "teoria dei bisogni".¹⁵³ Ancora di più: la consapevolezza dei bisogni contribuisce a dare consapevolezza di sé alla specie umana, come all'individuo, così come il confronto tra gli individui concorre a costruire, in un processo naturalmente conflittuale, l'idea stessa di eguaglianza e con essa il senso di appartenenza alla stessa specie umana. Dai bisogni gli interessi e da questi il nesso tra soggetto ed oggetto.

Il percorso di liberazione più radicale è da tempo incentrato sulla necessità di eliminare i bisogni falsi, "quelli che vengono sovrapposti all'individuo da parte di interessi sociali particolari cui preme la sua repressione".¹⁵⁴ La falsa rappresentazione dei bisogni che, dalla mera pubblicità diviene un vero e proprio modo di vivere, impone quindi un'opera di reale confusione tra verità e falsità, alterando lo stato di percezione degli stessi da parte degli individui. Un sistema che induca i singoli alla soddisfazione di particolari bisogni e che consenta, quindi, tale soddisfazione concorre alla determinazione di un regime di alterazione della conoscenza, riducendo gli spazi di spirito critico altrimenti opponibili al potere medesimo.

Il continuo lavoro operato dall'informazione costruita dal sistema dei poteri mass-mediatici - soprattutto se coincidenti con il potere politico tradizionale - tenderà così a generare uno stato di procurata disaffezione degli individui nei confronti di diritti che pure l'ordinamento continui formalmente a garantire loro. I singoli subiranno la costruzione di una rappresentazione di sé come meri consumatori, abbandonando così le pretese generate dalla loro condizione di cittadini *pleno iure*.

Quali contenuti, quali obiettivi, quali forme di intervento dovrebbe costruire l'ordinamento giuridico di matrice pubblicistica per operare nella dimensione macroeconomica al fine di contenere le nuove forme di abuso dell'autonomia dei privati non saprei dire. Spero soltanto di essere riuscito a rappresentare, almeno problematicamente, quanto più forti

¹⁵³ Devo questa impostazione di analisi critica ad una riflessione di G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in <<http://www.costituzionalismo.it>>, fasc. n. 3 del 2008.

¹⁵⁴ H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata* (1964), tr.it. di L. GALLINO - T. GIANI GALLINO, Torino, 1967, 19 che ascrive a questa categoria di falsi bisogni "il bisogno di rilassarsi, di divertirsi, di comportarsi e di consumare in accordo con gli annunci pubblicitari, di amare e di odiare ciò che altri amano e odiano".

potrebbero essere gli effetti dell'azione dei diritti individuali di partecipazione alla costruzione del nuovo diritto dei privati che fossero espressione di una cittadinanza *pleno iure*, in grado di condizionare gli stessi sviluppi dell'ordinamento giuridico sì da conformare dall'interno i contenuti dei diritti di autonomia privata. Soltanto un "diritto planetario", se fosse effettivamente costruito nell'esclusivo interesse dei cittadini, potrebbe incidere sui nuovi poteri privati, sullo sfondo dei processi di globalizzazione finanziaria, in modo da conformarne l'esercizio agli interessi di tutti gli individui. Al di fuori della prospettiva di costruzione di un ordine giuridico globale che non sia solo il prodotto dell'autonomia privata vedo difficile che la disciplina dei contratti dei consumatori possa garantire il singolo individuo dalle aggressioni che i suoi diritti patrimoniali possono subire nel più ampio contesto macroeconomico.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

LEONEL SEVERO ROCHA*

ANA PAULA ATZ**

Introdução

O artigo objetiva uma reflexão profunda da sociedade contemporânea e dos riscos inerentes ao desenvolvimento da Ciência e da Técnica. Podemos perceber novos produtos, gêneros alimentícios e serviços disponibilizados no mercado de consumo, os quais contemplam a inserção de novas tecnologias, tais como nanotecnologia e biotecnologia. Os riscos destas inovações ainda não podem ser completamente gerenciados pelo Direito ou organizações que possui caráter regulatório (ANVISA), uma vez que os seus riscos ainda não puderam ser identificados e quantificados pela Ciência.

Se o risco se erige na contemporaneidade como uma forma de comunicação, este passa a ser tematizado e potencializado pelas novas tecnologias. Nesse diapasão, as contínuas operações comunicativas biotecnológicas e nanotecnológicas trazem consigo uma grande capacidade de produção de risco a ser compartilhada com a sociedade. Considerando que os sujeitos de direitos mais vulneráveis aos perigos e consequências advindos da biotecnologia e nanotecnologia são os consumidores, de que maneira o direito do consumidor gerencia esses riscos e os comunica à sociedade? Nesse passo, a assimilação dos riscos pelo direito do consumidor e o instituto da responsabilidade civil constituem uma importante maneira de introduzir uma diferença na observação jurídica, realizando estratégias para formas de observação do futuro.

* Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, conceito 6 pela Capes).

** Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS/RS. Professora de Ensino Superior da Universidade Feevale/RS. Advogada na área de direito do consumidor.

1. A comunicação do risco das novas tecnologias

O risco erige-se na contemporaneidade como uma forma de comunicação, que passa a ser tematizado pelas novas tecnologias. Qualquer comunicação social traz inerente o risco, que, por sua vez, se liga a uma rede de outras comunicações sociais, dependente de decisões enquanto elemento organizacional e também de comunicações pré-existentes. Nesse ínterim, o risco passa a ser estabelecido como ponto de chegada e de partida das comunicações, uma vez que é um resultado da comunicação e, ao mesmo tempo, pressuposto para as próximas.

O risco pode ser observado sob um ponto de vista que se realiza como uma comunicação que evidencia sua contingência: possibilita novas comunicações sobre si próprio, na medida em que opera autorreferencialmente. A comunicação do risco gera novas comunicações sobre o risco, sendo impossível falar-se em sua erradicação do meio social, razão pela qual é inadequado o tratamento de técnicas securitárias para o risco. Não sendo possível sua eliminação, ele surge como meio de modificação e evolução das estruturas sistêmicas. Mas, enquanto comunicação, o risco pode ser tematizado pela biotecnologia e nanotecnologia como exemplos privilegiados das relações entre Direito, ciência e tecnologia.

A busca incessante por melhor qualidade de vida, novos tratamentos médicos, novas técnicas no aprimoramento de alimento levaram à descoberta da biotecnologia, pela qual foi possível a reconstrução de processos relacionados à vida. Os campos de aplicações da biotecnologia são variados, mas concentram-se em três grandes eixos: saúde humana, agricultura e gerenciamento ambiental. Tem-se, em um primeiro momento, a biotecnologia médica, que, entre outros benefícios, fornece diagnósticos mais rápidos e precisos, compostos terapêuticos com poucos efeitos colaterais bem como tratamentos novos que não seriam possíveis sem essa nova técnica, além de vacinas mais potentes e seguras. A biotecnologia agrícola concentra o progresso na melhoria da qualidade, valor nutricional e diminuição dos custos de produção, como também no processamento de alimentos. Já a biotecnologia ambiental permite o uso de recursos biológicos renováveis no lugar dos químicos não renováveis, além de permitir soluções tecnológicas que gerarão menos efeitos colaterais e novos métodos de monitoramento das condições ambientais.¹

¹ KREUZER, Helen; MASSEY, Adrienne. *Engenharia genética e biotecnologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 29-45.

Logo, começaram a aparecer as expressões “transgênicos” ou “organismos geneticamente modificados”; esses passaram a ser comunicados, logo chegando ao mercado de consumo e a compreensão, muitas vezes, incerta pelos consumidores e sociedade em geral. No Brasil, a edição da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização relacionados aos OGMs e seus derivados. A normativa define os organismos geneticamente modificados em detalhes (art. 3º). OGM é um organismo cujo material genético - ADN/ARN - tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética (art. 3º, V). As normas de segurança e de fiscalização vão abranger desde a construção, o cultivo, a produção, a manipulação até o transporte, importação, exportação, passando pela comercialização, consumo e liberação no meio ambiente e descarte dos OGMs. Essa nova regulamentação dos OGMs admite, em pelo menos oito normas, que há risco para os consumidores, sociedade e meio ambiente na liberação dos OGMs.²

Se forem listadas inúmeras vantagens com o emprego da biotecnologia, certo é que existem importantes riscos com a utilização dessa tecnologia, principalmente dos OGMs, no que toca ao risco ambiental e ao risco alimentar. Os riscos à saúde humana, alguns já identificados, e outros ainda não detectados por falta de pesquisas ou mesmo por ser uma tecnologia muito recente, emanam principalmente da engenharia genética. Os riscos alimentares consistem no fato de que a ingestão de produtos contendo OGM ou feito a partir dele pode provocar distúrbio no funcionamento do organismo humano, sendo que as principais formas desse tipo de risco podem ser: produção de substâncias tóxicas, síntese de proteínas alergênicas e difusão de genes de resistência a antibióticos.³

É possível observar a comunicação biotecnológica, contudo, distinguindo-a de seu ambiente. A forma da comunicação biotecnológica passa, portanto, a entrar em contato e se relacionar com diversos campos sociais mediante perturbações e acoplamentos. Com isso, em contato com diferentes sistemas, a biotecnologia passa a ter diferentes frentes de aplicação, conforme visto acima, ora voltada ao sistema da saúde, sistema econômico, à comunicação ecológica, ora voltada ao sistema jurídico, e, em cada um deles, reveste-se de construções diferenciadas. Ou seja, cada

² Veja-se artigos 7º, 10, 14, III, IV, XII, XIV, XX, e 18, III, da Lei de Biossegurança.

³ CRIBB, André Yves. Sistema agroalimentar brasileiro e biotecnologia moderna: oportunidades e perspectiva. In: *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 182, jan./abr. 2004.

sistema assimila a biotecnologia, reconstrói-a em seu âmbito interno e a comunica de uma forma própria.

A nanotecnologia é considerada, sem dúvida, área do conhecimento com um grande exponencial de desenvolvimento científico e tecnológico, e uma das áreas mais promissoras economicamente. Seu interesse é despertado pelas incríveis promessas de longevidade e estética, possibilidade de tratamento para doenças incuráveis, ampliação de materiais com propriedades excepcionais, aplicação na agricultura, cosméticos e em vários setores industriais, proporcionando notáveis mudanças sociais e econômicas.⁴ A nanotecnologia envolve imagem, medição, modelagem e manipulação da matéria nessa escala de comprimento, sendo que propriedades físicas, químicas e biológicas geram efeitos incomuns em materiais quando manipulados na nanoescala.⁵ Portanto, a nanotecnologia refere-se a estruturas atômicas e moleculares para aplicação em tecnologias que estão presentes na escala nano.

De acordo com o Fundacentro (entidade governamental do Brasil atuante em pesquisa científica e tecnológica relacionada à saúde e à segurança dos trabalhadores), os produtos finais utilizando nanotecnologia são de grande aplicabilidade e inovação, tais como: *chips* eletrônicos, *displays*, filtro solar, roupas inteligentes e sensores degustativos.⁶ Embora o potencial da nanotecnologia tenha muito ainda a ser explorado, produtos que contenham nanomateriais já podem ser vistos no mercado de consumo; são eles, dentre outros: a bola de tênis da marca Wilson Double Core™, a bola oficial do torneio de tênis Davis Cup, Nano-Care™, tecidos desenvolvidos com resistência a líquidos tais como vinho e café, Sun-Clean™, vidros autolimpantes, vários protetores solares (Wild Child, Wet Dreams, Bare Zone) com tecnologia ZinClear™, uma suspensão transparente de nanopartículas, que impede a dispersão da luz, como fazem os produtos normais.⁷ No Brasil, secadores e chapas de cerâmicas para cabelo da marca Taiff® e uma linha de cosméticos da marca O Boticário® e também da Revlon® podem ser exemplos de produtos já sendo comercializados.

⁴ GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*. Porto Alegre: P&PM, 2005.

⁵ Sobre a definição de nanotecnologia da Iniciativa Nanotecnológica Nacional dos Estados Unidos, a NATIONAL NANOTECHNOLOGY INITIATIVE ver: *What is nanotechnology?* Disponível em: <<http://www.nano.gov/html/facts/whatsNano.html>>. Acesso em: 16 jun. de 2014.

⁶ FUNDACENTRO. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/conteudo.asp?D=Nano&C=1508&menuAberto=1507>>. Acesso em: 12 maio 2014.

⁷ KULINOWSKI, Kristen. *Nanotechnology: From 'Wow' to 'Yuck'*. In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D (Ed). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008, p. 17.

Percebe-se a convergência de várias áreas do conhecimento em torno da nanotecnologia, aspecto que evidencia a interdisciplinaridade⁸ que as novas tecnologias impõem a exemplo também da biotecnologia. As áreas da física, química e biologia são usadas nas pesquisas de desenvolvimento de novas nanoestruturas e seu potencial biológico. As engenharias também utilizam esse potencial, aproveitando os nanomateriais em aplicações tecnológicas específicas, como a matemática e a computação, que visam a criar modelos virtuais, abrindo a possibilidade de novas aplicações com os nanomateriais.⁹

Embora a nanotecnologia não seja considerada um subsistema funcional autônomo em razão da ausência de uma codificação específica, existe a recursividade de processos comunicativos encadeados mediante um fechamento causal no seu âmbito restrito de operações que se distingue mediante a forma estados controláveis/estados não controláveis ou causalidade controlada/causalidade não controlada. Parece que um dos problemas ligados à nanotecnologia é exatamente o controle da causalidade ou a constatação de estados não controláveis. Feynman aborda diversos problemas envolvendo princípios físicos, encontrados no caminho até lá embaixo, mencionando inclusive o rearranjo dos átomos. Mas adverte, porém, que a manipulação nessa escala possui muitas considerações, uma vez que não se pode arranjar e combinar os átomos de uma maneira livre; essa disposição deve-se dar de forma razoável, principalmente porque “você não pode dispô-los de forma que, por exemplo, sejam quimicamente instáveis”.¹⁰ Tal constatação feita por Feynman reflete uma preocupação e um perigo dessa nova tecnologia para a sociedade, qual seja, a manipulação nessa escala pode levar a arranjos de combinações que não se deixam mais controlar, levando a estados não controláveis.

Importante questão que se coloca é quanto ao uso da nanotecnologia na ciência dos alimentos e nutrição. As grandes empresas alimentícias já estão desenvolvendo programas para possíveis aplicações em

⁸ De acordo com Julie Thompson Klein, a interdisciplinaridade incorpora uma rede complexa de fatores históricos, sociais, políticos e econômicos. Dessa feita, o conceito de interdisciplinaridade aponta que a resolução de questões que não podem ser tratadas usando métodos ou abordagens singulares. KLEIN, Julie Thompson. *Interdisciplinarity: history, theory and practice*. Detroit: Wayne State University Press, 1990.

⁹ FAGAN, Solange Binotto. As nanotecnologias no ensino. *Cadernos IHU ideias*, São Leopoldo, n. 125, p. 9, out. 2009.

¹⁰ FEYNMAN, Richard Phillips. *There's plenty of room at the bottom*. Disponível em: <<http://www.its.caltech.edu/~Feynman/plenty.html>>. Acesso em: 27 abr. 2014: “within reason, of course; you can't put them so that they are chemically unstable, for example”.

processamento e fabricação de alimentos, mas estão muito cautelosas quanto à introdução no mercado de consumo tendo em vista a polêmica gerada pelos *novel foods*, notadamente envolvendo os alimentos geneticamente modificados. Existem poucas publicações, em jornais científicos, sobre a interação entre nanopartículas e células do epitélio gastrointestinal e suas consequências e, menos ainda, sobre os riscos atribuídos à ingestão humana; daí a real e séria preocupação a respeito.¹¹

A avaliação dos riscos pela atividade científica é a chave para uma governança dos riscos advindos do emprego da nanociência/nanotecnologia, tendo como escopo uma boa gestão do risco pelo sistema jurídico-político.¹² Nota-se que o sistema da ciência se erige como uma (com)causa dos riscos advindos das novas tecnologias, pois ela se torna instrumento de definição e também fonte de solução desses riscos. Desse modo, verifica-se uma lacuna entre o fomento do sistema econômico/sistema político em pesquisas de inovação e desenvolvimento dessas novas tecnologias em contrapartida ao investimento despendido em avaliação desses riscos.

A comunicação biotecnológica e nanotecnológica perpassam os sistemas sociais constantemente, gerando irritações e acoplamentos recíprocos. Nesse sentido, basta pensar na visão da economia e seu código ganho/perda, no qual a comunicação nanotecnológica/biotecnológica ganha contornos eminentemente utilitaristas, como nas aplicações da nanotecnologia na área médica, visando a novos tratamentos e medicamentos para várias doenças ou mesmo na aplicação em cosméticos ou no emprego de armamentos e segurança nacional. Do mesmo modo, o não investimento pelo sistema econômico ou político em estudos e experimentos que visam às consequências dessa nova tecnologia (avaliação dos riscos) comporta ressonâncias no sistema da ciência, que se vê sem subsídios para a investigação¹³ dos riscos em sua maior parte desconhecidos, mas que devem ser gerenciados pelo sistema do Direito.

¹¹ PUSZTAI, Árpád; BARDOZ, Susan. The future of nanotechnology in food science and nutrition: can science predict its safety? In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D (Ed). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008. p. 167-168.

¹² LINKOV, Igor; SATTERSTROM, F. Kyle; MONICA JR, John C et al. Nano Risk Governance: Current Developments and Future Perspectives. *Nanotechnology, Law and Business*, n. 203, 2009. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹³ BALBUS, John; DENISON, Richard et al. Getting nanotechnology right the first time. In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D (Ed). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008. p. 134-135.

2. A Gestão da informação no processo decisório

Analisar o instituto da decisão é condição para uma observação jurídico-sociológica da comunicação das novas tecnologias (nano e biotecnologia) e suas ressonâncias intersistêmicas, como também as possibilidades de observação pelo Direito. A realidade comunicativa dos sistemas sociais é construída permanentemente por processos decisórios, ou seja, consiste em uma contínua operacionalidade de escolha entre muitas possibilidades igualmente possíveis. A decisão é a forma mediante a qual a relação entre passado e futuro se estabelece; assim, no presente, tomam-se decisões que reconstroem o passado e possibilitam as estruturas do futuro, a decisão “é uma forma de projetar uma diferença em horizontes abertos”.¹⁴

Nessa esteira, na sociedade complexa atual, produtora de riscos globais, a forma Direito/não Direito não pertence somente ao direito oficial do Estado, mas a *diversos discursos que assumam essa forma*. Tal concepção destaca o jurídico dos outros tipos de atuações sociais. Assim, o fenômeno do pluralismo jurídico define-se como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, “que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito”.¹⁵ Esse fenômeno se dá precisamente em uma dimensão horizontal no qual se observam processos pluralistas de produção normativa e também processos decisórios que não ficam circunscritos somente aos tribunais.

A gestão jurídica do risco nanotecnológico e biotecnológico é realocado da sociedade para o âmbito da operacionalidade das organizações formais no interior do sistema social do Direito. Embora a comunicação nanotecnológica e biotecnológica produzam riscos, que serão suportados pela sociedade (meio ambiente, saúde humana), eles são constantemente readaptados ou mesmo potencializados por intermédio das organizações formais. Por organização formal, refere-se aqui “àquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas, etc.”¹⁶ No âmbito da teoria das organizações, fala-se em premissas decisórias.¹⁷

¹⁴ MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação: nova teoria da comunicação II*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 454.

¹⁵ TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. Tradução Rodrigo Octávio Broglia Mendes. In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 89. Preferimos usar a distinção direito/não direito, adotada por Luhmann.

¹⁶ CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, p. 175, jan./jun. 2001.

¹⁷ Sobre a teoria das organizações ver: SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*. 2. ed. New York: The Free Press, 1957.

Partindo desse pressuposto, quanto à gestão e a regulamentação das práticas biotecnológicas no Brasil, têm-se como expoente duas principais organizações formais: a CTNBio e o CNBS. A CTNBio¹⁸ (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança) é uma instância colegiada multidisciplinar cuja finalidade consiste na prestação de apoio técnico consultivo e assessoramento ao governo federal no que tange à formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança, relativa ao OGM (organismos geneticamente modificados), assim como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos à proteção da saúde humana, organismos vivos e meio ambiente. A CTNBio configura-se como a organização responsável por emitir parecer técnico conclusivo sobre registro, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte, envolvendo organismos geneticamente modificados ou derivados, com a ressalva de que juntamente se necessita do licenciamento ambiental a cargo da autoridade competente.

Diante disso, pode-se observar a CTNBio como um tipo de organização formal, constituída mediante a distinção membro/não membro, cuja função principal consiste na identificação e avaliação dos riscos advindos da biotecnologia, por meio do estabelecimento de relações de contato entre o sistema científico e outros discursos sociais. Já o CNBS configura-se como um órgão político, posto que vinculado à Presidência da República, na medida em que regulamenta, decide e fiscaliza as práticas voltadas à biotecnologia de acordo com critérios políticos, podendo-se dizer que se configura no terceiro estágio da análise do risco, ou seja, a gestão do risco.

Quanto às práticas da nanotecnologia no Brasil, não há marco regulatório para tanto, nem mesmo uma política nacional para que fabricantes de produtos que empregam essa tecnologia possam orientar-se, sendo que a comunidade científica está sugerindo uma prática análoga a outra recente tecnologia, a biotecnologia.¹⁹ Um bom começo seria o de que os fabricantes juntassem uma declaração junto à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) declarando o processo produtivo e as matérias-primas utilizadas, bem como que instituísem um controle quanto à importação de

¹⁸ Sobre as disposições, estrutura, competências e atribuições da CTNBio, veja-se artigos 10 a 15 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que cria a CTNBio. Mais informações podem ser obtidas pelo endereço eletrônico: <<http://www.ctnbio.gov.br>>.

¹⁹ CASTRO, Francisco. Legal and regulatory concerns facing nanotechnology. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*. 2004. p. 141. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

produtos nano, mormente porque não existe uma dimensão do consumo desses produtos no âmbito interno.²⁰

Diante disso, demonstra-se que tanto a atuação dos órgãos fiscalizadores, quanto do sistema político não denotam um tratamento adequado do risco das novas tecnologias, mas uma realocação para outras instâncias sistêmicas: do risco político para o risco jurídico.²¹ Com isso, é reafirmado que os riscos das novas tecnologias são deslocados do nível comunicativo do ambiente da sociedade para o âmbito interno organizacional, que pode ser observado na gestão jurídica pelos tribunais e também em formas extrassistêmicas viabilizadas pelas organizações formais voltadas à comunicação biotecnológica e à nanotecnológica.

A partir de tal constatação, a gestão dos riscos das novas tecnologias precisa ter como base um Direito plural, capaz de dialogar com outras instâncias comunicativas, na medida em que as trocas informativas são condição de possibilidade para tanto.

A diferença entre os riscos existentes segundo o grau de conhecimento e a informação científica disponível quanto aos seus efeitos são assimiladas pelo sistema do Direito sob a forma de riscos concretos e riscos abstratos. Eles são juridicizados dogmaticamente por programações jurídicas diversas. Aqueles riscos que se revestem de uma programação condicional “se” “então”, ou, mesmo que possam ser observados sob a forma causa/consequência - os riscos concretos -, são tratados pelo sistema jurídico pelo princípio da prevenção, ou seja, exigem uma antecipação aos danos ambientais e à saúde humana. Já os riscos nos quais impera a incerteza científica e, notadamente, o desconhecimento das consequências possíveis de danos - risco abstrato, no qual se encaixa perfeitamente a comunicação biotecnológica e nanotecnológica - são juridicizados pelo princípio da precaução.²²

O direito do consumidor tem sua tutela assegurada constitucionalmente como direito fundamental conforme o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal²³ e conta ainda com uma Política Nacional de Defesa

²⁰ WEYERMULLER, André; ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. *Nanotecnologias, marcas regulatórias e direito Ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 197.

²¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*, São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 235.

²² CARVALHO, Délton Winter de. Os riscos ecológicos e sua gestão pelo Direito Ambiental. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 39, n. 1, p. 13-17, jan./jun. 2006. Principalmente p. 15-16.

²³ 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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

do Consumidor, que impõe uma ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, sobretudo pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade e segurança, colocados no mercado (art. 4º, *caput*, e inciso II, 'd', da Lei 8.078/1990).²⁴ Além de ser um direito básico do consumidor (art. 6º, I), a proteção da vida e saúde, e também da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, pode-se dizer que aqui, igualmente, existe um dever de preventividade objetivo vislumbrado no CDC, consubstanciado no artigo 6º, inciso VI.²⁵ Dever esse que não se impõe somente ao Estado, mas principalmente aos fornecedores (art. 8º, *caput*)²⁶ e demais associações e organizações civis, justamente por se encontrar no capítulo IV da referida Lei, que se refere não somente à qualidade e segurança dos produtos colocados no mercado de consumo, mas também à *prevenção e reparação de danos*.

Os mecanismos de prevenção no direito do consumidor são dados, notadamente, por um dever de informação do fabricante ao consumidor na fase de comercialização do produto (tais como rotulagem, serviços de informação e mídia). No que se refere a uma atuação da precaução, a doutrina considera que deveria haver mecanismos na fase de pré-comercialização que assegurassem um gerenciamento do risco dos alimentos geneticamente modificados no que tange à segurança alimentar.²⁷

²⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

²⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

²⁶ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

²⁷ Cláudia Lima Marques refere que, embora em sede de direito do consumidor, o princípio da precaução tenha se enfraquecido, um dever geral de prevenção deve ser reforçado, seja por um direito fundamental à informação sobre gêneros alimentícios, seja pelo reconhecimento de uma responsabilidade objetiva, solidária e integral para danos individuais e coletivos, por meio de um diálogo das fontes (Lei 11.105/2005, CDC, CC/2002, Dec. 4.680/2003 etc.) Tendo em vista a incerteza científica e o risco para os consumidores dos OGM ou uma de suas utilizações como ingrediente de produtos alimentares ou como alimento animal, deve-se adotar o princípio da precaução, ultrapassando a lógica exprimida por meio do princípio da prevenção, impondo mecanismos de controle por parte do Estado, tais como: avaliações prévias e autorizações de implementação no mercado e uma política de transparência nas informações. MARQUES, Cláudia Lima. Organismos geneticamente

Conforme leciona Roberta Morais, essa avaliação dos riscos realizada na fase da pré-comercialização seria o ideal no que se refere aos alimentos e produtos fabricados ou usados com matéria-prima proveniente das novas tecnologias, momento em que a autora aponta algumas possibilidades possíveis e viáveis para o tratamento das novas tecnologias, tais como: a) estudo histórico - acompanhamento de um período de consumo que, por óbvio, não se aplica aos transgênicos por ser uma situação nova [inclusive, desde há muito, já presente nos alimentos dos brasileiros]; b) testes e análises de segurança alimentar - que implicam uma metodologia de avaliação do risco em várias etapas.²⁸

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada, o Direito precisa estar disposto a apreender, por intermédio de uma abertura cognitiva, com a comunicação de riscos e perigos que só podem ser informados ao Direito por meio de outras comunicações; a ecológica, sobre riscos do progresso científico; a comunicação do sistema da saúde, sobre os riscos/perigos da comercialização de novos medicamentos; a comunicação do sistema econômico, sobre os riscos/perigos da baixa ou alta dos preços no mercado; e notadamente, os riscos/perigos do desenvolvimento das novas tecnologias quanto às consequências e possíveis danos ao meio ambiente e à saúde humana só podem ser conhecidos por intermédio da comunicação do sistema da ciência.²⁹

É exatamente essa dependência do sistema do Direito ao sistema da ciência que se observa, hodiernamente, no âmbito dos novos direitos.³⁰ O sistema jurídico nunca dependeu tanto dos resultados do sistema da ciência para observar os danos e as avaliações científicas no gerenciamento do risco referentes às novas tecnologias, socorrendo-se do auxílio de peritos/cientistas para tanto. Assim, o Direito mantém um acoplamento estrutural com a ciência por meio das perícias técnicas, igualmente em estudos científicos nos processos administrativos ou também, em decisões organizacionais (empresas, instituições, Estados), vislumbra-se esse acoplamento entre o Direito e a ciência. Portanto, com a abertura cognitiva,

modificados, Informação e risco da "novel food": o direito do consumidor desarticulado? In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, n. VI, v. III, p. 106-113, maio 2005.

²⁸ MORAIS, Roberta Jardim de. *Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados - Seragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16-19.

²⁹ Ver sobre comunicação ecológica: LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Cambridge: University of Chicago Press, 1989.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 142.

o Direito passa por um processo de assimilação, ou seja, ele apreende a informação da comunicação da ciência (e de outros sistemas da sociedade também) e passa a atribuir sentido jurídico a tal comunicação.

A informação surge como um dos elementos integrantes da comunicação, elemento esse que dá sentido à comunicação subsequente e a justifica por ser o fator da diferença e novidade emitida. Desse modo, quando se fala em gerenciamento da informação na comunicação dos riscos das novas tecnologias, resta saber que mecanismos o sistema jurídico possui para exigir o fornecimento dessa informação e comunicação desses riscos para a sociedade.

3. A responsabilização civil pela não informação

O direito do consumidor solidifica-se como uma disciplina transversal entre o direito privado e público, que possui, como escopo, a proteção de um sujeito de direitos, o consumidor e suas relações jurídicas frente ao fornecedor, profissional, empresário ou comerciante³¹ - espelhando um direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da CF, como também art. 48 do ADCT-CF/1988).³² O CDC trouxe mudanças significativas nas relações juridicamente relevantes da sociedade, introduzindo um rol de direitos (art. 6º) e uma política nacional das relações de consumo, dispondo sobre princípios (art. 4º) a serem observados no mercado e deveres impostos ao poder público (art. 5º). Conforme Cláudia Lima Marques, a lei que instituiu o CDC objetiva assegurar uma série de direitos ao grupo tutelado e impor novos deveres a outros agentes da sociedade “os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devam suportar estes riscos”.³³ Nesse passo, a informação possui uma intrínseca relação

³¹ O CDC define, em ser art. 2º, o conceito de consumidor e, no § único, o conceito de consumidor equiparado. Logo em seguida, o de fornecedor (art. 3º). Cf. Lei 8.078/1990:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

³² BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25-26.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

com medidas precauciosas e, notadamente, com a percepção social dos riscos - erigindo-se como uma das principais ferramentas à proteção do meio ambiente e de uma sadia qualidade de vida.

No direito do consumidor, a informação torna-se elemento essencial das relações de consumo, sendo indispensável para o exercício da livre escolha, da autodeterminação, sempre que existir essa possibilidade. O CDC conferiu grande relevância à informação, uma vez que ela se encontra em inúmeros dispositivos sobre o direito à informação, concretização e proteção; inclusive, a maioria dos tipos penais no CDC é motivada pela garantia à informação. Em grandes linhas, o direito à informação é consagrado como objetivo (art. 4º, *caput*, CDC) e princípio da política nacional de defesa do consumidor (art. 4º, IV, CDC) e consubstanciado em direito do consumidor (art. 6º, III, CDC).

A conexão entre o princípio da precaução e o princípio da informação é de extrema relevância na operacionalização interna dos riscos pelo sistema jurídico. O princípio da precaução atua de forma prática a operacionalizar

como instrumento de controle e gestão da informação nos processos de decisão sobre os riscos, uma vez que o efetivo problema proposto pelo princípio é o de como se decidir perante bases informativas de elevado grau de imprevisão e insegurança científica, impondo obrigações de originar decisões mesmo perante bases cognitivas precárias.³⁴

Indo ao encontro desse entendimento, mesmo diante da incapacidade da ciência no sentido de produzir determinado conhecimento desejado e as bases informativas necessárias para assimilação pelo sistema jurídico, permanece a obrigação de que as informações sejam produzidas, conforme as diretrizes do princípio da precaução. As soluções se dariam em um processo democrático, por meio da participação pública de todos os envolvidos, entre espécies de conhecimento não especializadas, garantindo o acesso às bases informativas e a sua composição.³⁵ Assim, busca-se uma gestão compartilhada de produção da informação por todos os atores do processo público, conectando-se com o preceito constitucional

³⁴ AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 346.

³⁵ AYALA, Patryck de Araújo. *A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira*. p. 347.

de responsabilidade de todos na proteção do meio ambiente e saúde humana, consolidando condições de pluralidade participativa, notadamente no âmbito dos novos direitos.

Portanto, seguindo os desdobramentos do princípio da precaução, diante de estados de não informação, ou seja, quando aos conhecimentos existentes não é dado constatar a ligação de causalidade e seus efeitos nas atividades de risco (envolvendo notadamente a biotecnologia e a nanotecnologia), as organizações destinadas ao gerenciamento desses riscos - mas também aquelas que geram/exponenciam esses riscos como grandes empresas, centros de pesquisa devem introduzir as seguintes tarefas de política ambiental e consumerista: a) executar pesquisas no campo ambiental e do consumidor com vistas ao melhoramento de tecnologia; b) imposição de objetivos referentes à política ambiental a serem implantados a curto, médio e longo prazo; c) sistematização das organizações no plano de uma política integrada de proteção ambiental e de consumidor.

Muito embora o CDC não albergue explicitamente o princípio da precaução, ao tratar das situações de nocividade e periculosidade potencial, requer-se do fornecedor uma ampliação da proteção do direito à informação, por meio de uma prestação ostensiva de informação ao consumidor. Conforme o art. 9º do CDC,³⁶ mesmo que não provada a nocividade ou a periculosidade potencial, há um dever de informar qualificado e ampliado, não obstante a adoção de outras medidas cabíveis, gerando uma obrigação de agir precaucioso.³⁷ A ostensividade da informação decorrente da informação no CDC exige uma informação ao consumidor que seja: a) adequada, isto é, apta a transmitir ao consumidor a situação de incerteza a respeito da segurança sobre determinado produto ou serviço; b) suficiente, na medida em que a informação precauciosa deve ser muito mais ostensiva, extensa e presente do que a informação normal; c) veraz, obrigando o fornecedor a divulgar ao consumidor os diversos resultados de estudos sobre determinado produto ou serviço.³⁸

³⁶ Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

³⁷ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 70, p. 221-222, abr./jun. 2009.

³⁸ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação*. p. 222-223. Veja-se a seguinte ementa que versa sobre o dever da ostensividade da informação: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E/OU INDENIZATÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA DE TÍTULO E INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO.

A adoção de medidas precauções e a informação passam a ser fundamentais para o exercício da escolha dos riscos que os consumidores entendam justificados ou mesmo para evitar outros, conforme o estado da arte da ciência sobre determinado assunto. Nessa esteira, tem-se o entendimento de que o consumidor não aceita que um risco de dano seja por outro gerenciado, sem o seu devido conhecimento e consentimento. Diante disso, a informação passa a ser o elemento central da precaução, o que impõe às autoridades públicas e fornecedores, diante de situações de incerteza científica quanto aos riscos de danos, a promoção do direito à informação.³⁹

Justificam-se tais medidas tendo em vista que, pelo princípio da precaução, a responsabilidade de produzir informações científicas que provem a inofensividade dos riscos seja atribuída a quem tenha interesse no desenvolvimento da atividade. Trata-se de conceber a questão não como interesses contrapostos (interesse econômico *versus* proteção do consumidor), mas sim, de fomentar a convergência de ações para proteger o meio ambiente e a saúde humana de eventuais efeitos danosos ou nocivos. Basta verificar a autorregulação das empresas, a responsabilidade social e os selos verdes, criados com o intuito de privilegiar as empresas

SENTENÇA *ULTRA PETITA*. PRODUTO ADQUIRIDO POR MEIO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR POR PARTE DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS. ARTIGOS 6º, INCISO III, 8º, 30 E 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO. ARTIGO 18 DO CDC. A sentença que aborda questão não exposta na inicial caracteriza-se como *ultra petita*. Ao vender equipamento de ar-condicionado ao consumidor, o fornecedor tem obrigação de verificar se o ambiente em que o consumidor pretende instalar o aparelho é adequado àquele tipo de equipamento e se há no local, condições técnicas para a instalação. Se o fornecedor não notificou o consumidor de que havia restrição de dutos, o que poderia comprometer o desempenho do aparelho de ar-condicionado e, por via de consequência, não refrigerar e aquecer o ambiente, como é de se esperar de um equipamento dessa natureza, há violação ao dever de informar, que está previsto no Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, III, 8º, 30 e 31). É dever do fornecedor de produtos e serviços informar o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo *exatamente* o que *poderá* esperar deles. O *Estatuto Consumerista (Lei nº 8.078/90)* estabelece que a *informação ao consumidor deve ser ostensiva e adequada*. O Estado-Juiz deve intervir para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre, suas opções de consumo. Verificada a violação ao dever de informar, bem como a existência de vício no produto e no serviço oferecido pelo fornecedor, deve este ser responsabilizado civilmente. Considerando as peculiaridades do caso concreto, há que se determinar a restituição imediata ao consumidor da quantia paga, monetariamente atualizada (CDC, art. 18, parágrafo primeiro, inciso II). DERAM PROVIMENTO AO APELO. Grifo nosso. (Apelação Cível nº 70009767583, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 27.04.2005).

³⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 82.

que cumprem sua função social e ambiental.⁴⁰

Os deveres de informação relacionados ao gerenciamento e comunicação dos riscos na dogmática do direito ambiental e do consumidor possuem um escalonamento que parte do direito subjetivo como forma de exigir a informação, passando pelo dever de informar para fundamentar um direito secundário, seguidamente a um direito à indenização. Segundo bem coloca Christoph Fabian, “o reconhecimento de direitos subjetivos à informação é a maior proteção jurídica possível para os interesses de informar. O direito subjetivo é um poder de vontade para a satisfação de interesses”.⁴¹

O fundamento do dever de informar no CDC possui como base, entre outros princípios,⁴² aquele que permeia as relações de consumo hodiernamente: a confiança. Assim, para Luhmann a confiança é um elemento central ou suporte fático da vida em sociedade; ela faz atuar, sair da passividade.⁴³ Pode-se dizer que as condutas na sociedade e no mercado de consumo devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que se desperta confiança, ou seja, os receptores das informações.

Se o Direito protege a confiança despertada nos consumidores pelos produtos e serviços oferecidos no mercado, deve-se atentar para o fato de que a manifestação do contratante em desvantagem informativa, nesse caso o consumidor, necessita ser livre (art. 6º, II, do CDC), racional e informada (art. 6º, III, do CDC) e legítima.⁴⁴ A informação erige-se como um princípio do CDC (art. 4º, *caput* e III, do CDC) e do direito subjetivo, não obstante os direitos especiais de informação quando da presença de

⁴⁰ Um dos movimentos do processo denominado constitucionalização do direito privado reside justamente na função social da empresa, o que vai ao encontro de uma dissolução da dicotomia de interesses públicos/interesses privados. Sobre uma abordagem da repersonalização do direito civil, ver: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74 e ss.

⁴¹ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

⁴² O CDC tem como escopo equilibrar as relações de consumo, harmonizando as relações contratuais e extracontratuais e conferindo-lhes maior transparência (art.4º), a positivação do princípio da boa-fé objetiva como linha teleológica de interpretação (art. 4º, III) e, como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando, em todo o seu corpo de normas, a existência de deveres anexos a serem cumpridos desde a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual. O dever de informar encontra-se entre um dos mais importantes deveres anexos. MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15-17.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Traducción Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 1-2.

⁴⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

riscos e produtos perigosos (arts. 8º e 9º),⁴⁵ sobre elementos essenciais e características dos produtos e serviços (art. 31).⁴⁶ Também, quanto aos contratos em geral (arts. 46 e 48), contratos de adesão (art. 54) e contratos abarcando crédito (art. 52 do CDC). A informação solidifica-se como direito fundamental do consumidor, como um direito subjetivo (público e privado) de ser informado, direitos que foram impostos a alguns agentes da sociedade que têm o dever de informar.⁴⁷

A imposição e o regime do dever de informar no CDC apresenta-se, em um primeiro momento, como instrumento de prevenção de danos (sejam contratuais, extracontratuais ou no sentido de impedir o ensejo de dano moral e abuso por falta ou omissão da informação imposta pelo CDC). Já, no segundo momento, o dever de informar apresenta-se como parte componente das declarações de vontade, no sentido de proteger a liberdade de escolha, a igualdade dos parceiros contratuais e a vontade livre e racional do consumidor.⁴⁸

A prestação de informações claras e corretas tem ligação direta com a proteção da vida, saúde e segurança dos consumidores, amparada pela teoria da qualidade,⁴⁹ que atribui ao fornecedor um dever de colocar

⁴⁵ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

⁴⁶ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

⁴⁷ LÓBO, Paulo Luiz Neto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 62, jan./mar. 2001: "3. Direito fundamental à informação - Os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração [...] dimensão humanística e de exercício de cidadania [...], para além das concepções puramente econômicas [...]". p. 63: "Proteger o consumidor é, [...], lutar pela qualidade do relacionamento humano, no que ele implica respeito pela dignidade do Homem e pelo seu poder de auto-determinação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade" e p. 66: "O direito fundamental à informação resta assegurado ao consumidor se o correspondente dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se lhe impõe, em decorrência do exercício de atividade econômica lícita [...] O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial. A boa-fé é regra de conduta dos indivíduos nas relações contratuais".

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 09.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147.

no mercado somente produtos e serviços que apresentem qualidade e segurança. O dever de qualidade que o CDC exige, contudo, contém duas acepções, referindo-se à adequação do produto ou serviço e também da sua segurança.

Quando a informação prestada for insuficiente ou inadequada, ela pode tornar-se um defeito extrínseco do produto ou serviço⁵⁰ (vide arts. 12 e 14 do CDC),⁵¹ podendo inclusive provocar a potencialidade de produção de um dano, constituindo um vício (arts. 18 e 20 do CDC),⁵² momento em que será analisada, em cada caso, a determinação de responsabilidade do fornecedor de acordo com a funcionalidade do produto ou serviço. E, por fim, a informação insuficiente ou inadequada pode afetar a adequação do produto ou serviço bem como a pretensão indenizatória (arts. 24 e 25 do CDC).⁵³

O legislador imputou à falta de qualidade-adequação do produto ou serviço por informação insuficiente ou inadequada uma responsabilidade por vício do produto ou serviço, conforme art. 18 do CDC, em contraposição à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, em

⁵⁰ Ementa: CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERICULOSIDADE. EXPLOSÃO DE GARRAFA DE SUÇO. RISCO IMPREVISÍVEL. FABRICANTE RESPONDE PELOS DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR DECORRENTE DA SUA EXPLOSÃO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO, INEQUÍVOCA, QUANTO À POSSIBILIDADE DESTE RISCO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE PROVAS QUE CONFIRMAM O NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E O PRODUTO FORNECIDO PELA DEMANDADA. INOCORRÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível nº 71002683431, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em 14.10.2010).

⁵¹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁵² Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

⁵³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122-124.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

que se perquire o defeito, conforme art. 12. Note-se, conforme bem coloca Fernanda Barbosa, que “o não cumprimento do dever de qualidade-adequação do fornecedor é menos prejudicial para o consumidor do que o defeito (qualidade-segurança), uma vez que, no primeiro, o bem juridicamente protegido é, primordialmente, patrimonial e, no segundo, extrapatrimonial (integridade física ou psíquica do consumidor)”.⁵⁴

Da mesma maneira, os artigos 8º e 9º do CDC materializam o direito básico à informação, dessa vez, impondo um dever de informar específico aos produtos e serviços que acarretam riscos ao consumidor, porquanto não seja proibida sua comercialização.⁵⁵ Nessas hipóteses de produtos e serviços que possuem uma periculosidade inerente e aqueles considerados potencialmente nocivos ou perigosos, a informação deve ser ainda mais clara, completa e precisa. Desse modo, o fornecedor é obrigado a divulgar as informações necessárias de forma ostensiva (inteligência dos artigos 8º, 9º, 10 e 31 do CDC). O dever de informar do fornecedor e fabricante (no caso de defeito) estende-se também à utilização do produto em combinação com outros.⁵⁶

Realmente, o princípio da efetiva prevenção de danos do CDC realiza-se com a devida informação ao público. Diante da incerteza da segurança de um produto ou serviço, por qualquer motivo, deve-se produzir informação adequada, do mesmo modo quanto à suas formas de utilização, com o fim de que o consumidor se abstenha de sua utilização nas condições que apresentam potencial perigo.⁵⁷

Segundo Nelson Nery Junior, para quem não há segurança sobre o consumo dos OGMs atualmente, o princípio da precaução, em sede

⁵⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. p. 124.

⁵⁵ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRODUTO COSMÉTICO. REAÇÃO ALÉRGICA. DANOS MORAIS RECONHECIDOS. Logra êxito demanda indenizatória quando, pela prova constante dos autos, restam evidenciados danos à consumidora, porque utilizou produto cosmético no qual o fabricante não prestou as devidas informações sobre seu uso. Inteligência do art. 8º e parágrafo único e art. 12, § 1º, e inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor estabelecido com atendimento às particularidades das circunstâncias do fato e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. APELAÇÃO PROVIDA PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. DECISÃO UNÂNIME (Apelação Cível nº 70031946585, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25.02.2010).

⁵⁶ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. p. 126-127.

⁵⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 13, p. 159, jan./mar. 2004.

de direito do consumidor, somente é instrumentalizado com o dever qualificado de informar, uma vez que, dentre as alternativas disponíveis, é a menos dispendiosa, reúne qualidade e fomento ao debate democrático e, sobretudo, coloca a decisão acerca do risco de consumir produtos contendo OGMs ao consumidor.⁵⁸

Por outro lado, tem-se que o direito do consumidor à informação se manifesta da mesma forma nas ofertas veiculadas. Aspecto relevante da normativa a respeito da oferta encontra-se na publicidade⁵⁹ (arts. 30, 36, 37 e 38 do CDC). Para Antônio Benjamin,⁶⁰ a oferta, em tal acepção, é sinônimo de *marketing*, incluindo aí todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados no mercado pelos fornecedores. Qualquer dessas técnicas, desde que “suficientemente precisa”, tem o condão de transformar-se em veículo eficiente de oferta veiculante. O art. 30⁶¹ dá caráter vinculante à informação e à publicidade. Por informação, quis o CDC incluir qualquer tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerada anúncio, mas que mesmo assim, induza ao consentimento do consumidor.⁶²

Nota-se que os deveres de informação não se esgotam na fase pré-contratual, mas acompanham toda a fase contratual, sobretudo na pós-contratual. Nesse último caso, sobrevivendo informação face aos riscos descobertos posteriormente à prestação principal dos produtos e serviços, necessário se faz a informação em massa aos consumidores e o procedimento de *recall*, previstos no CDC.⁶³ A não observância desse dever de informação acarreta inclusive consequências no âmbito da responsabilidade civil.

Quanto à amplitude da informação em matéria de prevenção de riscos, tem-se que, no sistema jurídico brasileiro, vai desde uma objetivação

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 570-572.

⁵⁹ Importante notar que também existe oferta fora da publicidade, basicamente do contato direto entre fornecedor e consumidor, despertando, da mesma forma, confiança no consumidor e vinculação de quem o faz conhecer. O dever de informar como parte componente das declarações de vontade.

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coordenado por Juarez da Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 267.

⁶¹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁶² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coordenado por Juarez da Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 269.

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. p. 20-21.

do dever de informar até o instituto da responsabilidade civil. Nesse aspecto, defende-se a ideia de que a não informação ou informação deficiente é pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil, no direito ambiental com fulcro no art. 225 da CF e art. 14, § 1º, c/c art. 9º, XI, da Lei 6.938/1981 e no direito do consumidor conforme art. 12 c/c art. 6º, III, do CDC.

Quanto ao regime da responsabilidade civil no direito do consumidor, esta é considerada objetiva (arts. 12, 14, 18 e 20), estabelecida no dever e segurança dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo pelo fornecedor.⁶⁴ O CDC convencionou chamá-la de *fato do produto* (art. 12 do CDC), que significa acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, oriundo de um defeito do produto.⁶⁵ Importante esclarecer que o que dá ensejo a esse tipo de responsabilidade é o defeito do produto. Assim, o dano só pode ser considerado se for consequência do defeito de um produto ou serviço, sendo que “o dano que não tenha como causa um defeito do produto (e isso pode decorrer de diversos outros fatores, inclusive da própria conduta do usuário) não pode ser imputada ao empresário”.⁶⁶

Segundo um dos autores do anteprojeto do CDC, entende-se por defeito “a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros”.⁶⁷ Marques leciona que a falta de segurança decorrente do defeito do produto dá origem à responsabilidade extracontratual pelo dano, levando em conta a falta de segurança esperada ou mesmo falta de informação.⁶⁸

⁶⁴ Assevera Cláudia Lima Marques que o fundamento da responsabilidade objetiva no CDC não é a culpa, nem o risco, mas o defeito do produto ou serviço. Assim: “Ocorre que a teoria do risco concentra-se na atividade (lícita, mas perigosa) e a responsabilidade prevista no CDC concentra-se no resultado, no defeito (ilícito, contrário ao dever de segurança), exigindo seu nexos causal com o dano”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1216.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 182.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. p. 182.

⁶⁷ ZELMO, Denari. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 183.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.208.

A doutrina costuma elencar três tipos⁶⁹ de defeitos dos produtos, sendo que um deles refere-se ao defeito de informação, decorrente de vício extrínseco de produto ou serviço. Desse modo, um produto pode ser inseguro por falta, insuficiência ou inadequação de informações, até mesmo de advertências ou instruções sobre seu uso e perigos conexos.⁷⁰ Com isso, a informação devida (informação sobre a utilização do produto e sobre seus riscos) tem como objetivo garantir a segurança necessária para a utilização do produto.⁷¹

Os danos provocados pela “apresentação” dos produtos e “por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” decorrem, portanto, da ausência ou insuficiência do dever de informar - sendo que o bem de consumo se altera em defeito de comercialização, contendo um vício de qualidade por insegurança. Conforme leciona Antônio Herman Benjamin, o dever de informar é, como regra, cumprido *a priori*, antes da colocação do produto ou serviço no mercado. Não obstante, mesmo que o fornecedor tome conhecimento do risco após a comercialização do bem de consumo e cumpra seu dever de informar *a posteriori* (art. 10, § 1º, CDC), não obsta a obrigação de indenizar.⁷² O Estado também pode vir a ser responsabilizado em função da autorização de sua livre comercialização, pois possui como escopo zelar pela saúde e segurança dos consumidores.⁷³

⁶⁹ São os chamados: “a) defeito de concepção: também designado de criação, envolvendo os vícios de projeto, formulação, inclusive *design* dos produtos; b) defeito de produção, também denominado fabricação, envolvendo os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos; c) defeito de informação ou comercialização que envolve a apresentação, informação insuficiente ou inadequada;”. ZELMO, Denari. *Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço*. p. 192.

⁷⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira de. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103-104.

⁷¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, v. 656, ano 79, p. 53-54, jun. 1990.

⁷² BANJAMIN, Antônio Herman. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 128-129. Veja-se seguinte decisão exarada em sede de Recurso Especial: “Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO DE SURVECTOR, MEDICAMENTO INICIALMENTE VENDIDO DE FORMA LIVRE EM FARMÁCIAS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DE SUA PRESCRIÇÃO E IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO À COMERCIALIZAÇÃO. RISCO DO PRODUTO AVALIADO POSTERIORMENTE, CULMINANDO COM A SUA PROIBIÇÃO EM DIVERSOS PAÍSES. RECORRENTE QUE INICIOU O CONSUMO DO MEDICAMENTO À ÉPOCA EM QUE SUA VENDA ERA LIVRE. DEPENDÊNCIA CONTRAÍDA, COM DIVERSAS RESTRIÇÕES EXPERIMENTADAS PELO PACIENTE. DANO MORAL RECONHECIDO.” (REsp 971.845/DF, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighui, j. 21.08.2008, DJ 01.12.2008). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2014).

⁷³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. p. 129-130.

Conclusão

O direito do consumidor pode se posicionar frente a este cenário de riscos e incertezas, determinando o dever de preventividade aos fornecedores, que pode ser instrumentalizado pela informação clara e precisa aos consumidores dos riscos do consumo destes produtos e serviços. Outrossim, o princípio da boa-fé objetiva esculpida no Código de Defesa do Consumidor determina que as relações consumeristas devem ser pautadas pela transparência e lealdade e, principalmente, que os produtos e serviços disponibilizados no mercado reflitam a segurança e não ofendam as expectativas legítimas dos consumidores.

Indo ao encontro desse entendimento, existe uma íntima relação entre o princípio da precaução e o princípio da informação. A precaução atua de forma prática a operacionalizar como instrumento de controle e gestão da informação nos processos de decisão sobre os riscos. Diante de bases informativas de imprevisão e insegurança científica, impõe-se a obrigação de gerar decisões mesmo perante bases cognitivas precárias. Para tanto, as organizações destinadas ao gerenciamento desses riscos - mas também aquelas que os geram e exponenciam, como grandes empresas, centros de pesquisa, devem introduzir as seguintes tarefas de política ambiental e consumerista: execução de pesquisas no campo ambiental e do consumidor com vistas ao melhoramento de tecnologia; imposição de objetivos referentes à política ambiental a serem implantados a curto, médio e longo prazo; sistematização das organizações no plano de uma política integrada de proteção do consumidor. Tais objetivos têm, como escopo: a) assegurar uma análise precisa da evolução dos riscos, que se consegue com fomento à pesquisa científica e tecnológica; b) reduzir os riscos a níveis mínimos e aceitáveis; c) atuar, com transparência, na informação prestada ao público, o que traz, intrinsecamente, a noção de aceitabilidade do risco - o que se objetiva somente com a informação.

Muito embora o CDC não albergue explicitamente o princípio da precaução, ao tratar das situações de nocividade e periculosidade potencial, requer-se do fornecedor uma ampliação da proteção do direito à informação, por meio de uma prestação ostensiva de informação ao consumidor. Conforme o art. 9º do CDC, mesmo que não provada a nocividade ou periculosidade potencial, há um dever de informar qualificado e ampliado, não obstante a adoção de outras medidas cabíveis, gerando uma obrigação de agir precaucioso.

Desse modo, um produto pode ser inseguro por falta, insuficiência ou inadequação de informações, até mesmo de advertências ou instruções sobre seu uso e perigos conexos. Nesse sentido, defende-se a ideia de que a não informação ou informação deficiente é pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, no direito do consumidor. Vislumbra-se também uma responsabilidade preventiva, impondo obrigações de fazer e não fazer cumuladas ou não com pagamento de multas por descumprimento.

Referências

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BALBUS, John; DENISON, Richard et al. Getting nanotechnology right the first time. In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D. (Ed.). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Comentários ao Código de proteção do consumidor*. Coordenado por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, Délton Winter de. Os riscos ecológicos e sua gestão pelo Direito Ambiental. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 39, n. 1, p. 13-17, jan./jun. 2006.

CASTRO, Francisco. Legal and regulatory concerns facing nanotechnology. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 2004. p. 141. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001.

CRIBB, André Yves. Sistema agroalimentar brasileiro e biotecnologia moderna: oportunidades e perspectiva. In: *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 182, jan./abr. 2004.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FAGAN, Solange Binotto. As nanotecnologias no ensino. *Cadernos IHU ideias*, São Leopoldo, n. 125, out. 2009.
- FEYNMAN, Richard Phillips. *There's plenty of room at the bottom*. Disponível em: <<http://www.its.caltech.edu/~Feynman/plenty.html>>. Acesso em: 27 abr. 2014.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, v. 656, ano 79, jun. 1990.
- FUNDACENTRO. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/conteudo.asp?D=Na no&C=1508&menuAberto=1507>>. Acesso em: 12 maio 2014.
- GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*. Porto Alegre: P&PM, 2005.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 70, abr./jun. 2009.
- KLEIN, Julie Thompson. *Interdisciplinarity: history, theory and practice*. Detroit: Wayne State University Press, 1990.
- KREUZER, Helen; MASSEY, Adrienne. *Engenharia genética e biotecnologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- KULINOWSKI, Kristen. Nanotechnology: from 'wow' to 'yuck'. In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D. (Ed.). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LINKOV, Igor; SATTERSTROM, F. Kyle; MONICA JR, John C et al. Nano risk governance: current developments and future perspectives. *Nanotechnology, Law and Business*, n. 203, 2009. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 jun. 2014.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, jan./mar. 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Cambridge: University of Chicago Press, 1989.
- _____. *Confianza*. Traducción Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação: nova teoria da comunicação II*. São Paulo: Paulus, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Organismos geneticamente modificados, Informação e risco da “novel food”: o direito do consumidor desarticulado? In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. III, n. VI, maio 2005.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, Roberta Jardim de. *Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados* - Seragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PUSZTAI, Árpád; BARDOZ, Susan. The future of nanotechnology in food science and nutrition: can science predict its safety? In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael D. (Ed.). *Nanotechnology: risk, ethics and Law*. London: Earthscan, 2008.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira de. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 13, jan./mar. 2004.

SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*. 2. ed. New York: The Free Press, 1957.

TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. Tradução Rodrigo Octávio Broglia Mendes. In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

WEYERMULLER, André; ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. *Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ZELMO, Denari. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO EMERGENTE

ENRIQUE URIBE ARZATE*

ALEJANDRA FLORES MARTÍNEZ**

Introducción

En este trabajo se analiza el papel del constitucionalismo emergente para la protección de los derechos sociales, específicamente los derechos del consumidor, ante los nuevos vectores ónticos, prácticos y deónticos que le impone la globalización. Desde el enfoque epistemológico de este trabajo, es preciso hacer hincapié en los elementos ónticos a los que debe responder la norma constitucional, pero sin olvidar su *ratio* y *telos*; es decir, no se puede estudiar desde una perspectiva ontológica clásica, sino como *constructo* cognitivo en proceso de reconfiguración. Por lo tanto, es necesario, como lo sugiere Prieto Sanchís, abrigar un constitucionalismo de los derechos fundamentales que tenga como elemento *per se* el hecho de que la Constitución ostenta la condición de norma suprema; en el entendido que es la norma encargada de fijar las reglas de acción y omisión de los operadores jurídicos y particulares.

Bajo este constitucionalismo se sostiene que los derechos del consumidor son verdaderos derechos fundamentales y, por tanto, son directamente exigibles ante instancias jurisdiccionales. Esta situación desemboca en un protagonismo argumentativo de los jueces constitucionales para proteger estos derechos, entre otros actos u omisiones, ante políticas públicas del consumidor; políticas públicas que pueden atentar contra el contenido esencial de estos derechos derivados de la implementación de nuevos modelos de consumo y la participación de agentes diversos; como ejemplo

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II. Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de México.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Profesora de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de México.

está la actual crisis financiera en Europa que desencadenó desahucios masivos, por políticas bancarias injustas para los consumidores de servicios financieros.

I. Los derechos del consumidor como derechos fundamentales

Los derechos del consumidor fueron reconocidos a partir de la segunda mitad del siglo XX como un conjunto de derechos que se confieren específicamente a las personas en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios. Este suceso fue resultado de movimientos sociales ante el aumento de los precios y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas.¹

Al respecto, la novela de *The Jungle* escrita por Upton Sinclair, puso de relieve las condiciones de trabajo inhumanas en la industria alimentaria, el abuso empresarial, las condiciones insalubres de los mataderos de Chicago, la especulación inmobiliaria y el proceso sin calidad de la producción de alimentos. Este libro propició una investigación del gobierno de Roosevelt sobre la producción insalubre de alimentos que derivó en "Pure Food Legislation". Por otro lado, a finales de la década de los años 30 del siglo pasado, un preparado del medicamento sulfamida causó en los Estados Unidos una intoxicación masiva y la muerte de más de cien mil personas, muchos de ellos niños.² La causa fue la comercialización de un medicamento para el tratamiento de faringitis sin realizar los ensayos de seguridad.

Debido a estos y otros penosos acontecimientos, fue hasta la mitad del siglo referido cuando se abandonó la concepción clásica de los derechos del consumo desde la teoría de los contratos, para posicionarlos como derechos sociales. Con ello, se cambió la funcionabilidad de las disposiciones poniendo como centro de protección al usuario o consumidor.³ Hecho que conmemoró en 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas, al aprobar las Directrices para la Protección al Consumidor reconociendo derechos básicos a este sector. Con anterioridad, los derechos y

¹ Ver OVALLE FAVELA, José. *Derechos del consumidor*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 3-4.

² HERNÁNDEZ PERERA, Julio César. La farmacoepidemiología y el tratamiento del dolor. En: *Invest Médicoquir*, n. 3, 2011. p. 76.

³ Véase QUIROZ RUIZ, Sara Luz. El derecho de los consumidores y los patrones de consumo. En: *Revista Multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Desarrollo, Globalización y Seguridad*, n. 14, año 7, jul./dic. 2006. Disponible en: <<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/14/quiroz14.pdf>>. Consultado en: dic. 2013.

obligaciones para los consumidores derivaban de los contratos y primaba el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Otro momento importante en la evolución de los derechos del consumidor, fue su introducción en las normas constitucionales de países europeos y latinoamericanos; no obstante, su protección fue condicionada al desarrollo legal respectivo. Así, se puede observar en el artículo 51 de la Constitución Española de 1978 y el artículo 28 de la Constitución Mexicana de 1917; en ambas constituciones estos derechos están fuera del catálogo de los derechos fundamentales o garantías individuales.⁴

Con posterioridad, la globalización del mercado traería consigo una atención general encaminada a promover modalidades de consumo y producción que redujeran las tensiones entre el medio ambiente y la satisfacción de las necesidades básicas de la humanidad, así como en manejar la comprensión de la función que desempeña el consumo y en originar nuevas modalidades de consumo más sostenibles.⁵ De tal forma, que se intentó conciliar el derecho del consumo con la protección al medio ambiente.

Desde teorías más recientes, se sostiene que los derechos del consumo son derechos humanos de los denominados “intereses colectivos”⁶ entendiendo por éstos, intereses transpersonales. Esta postura teórica distingue los derechos colectivos de los intereses difusos; se consideran *colectivos* los intereses comunes a una colectividad de personas, pero sólo cuando exista un *vínculo jurídico* entre los componentes del grupo (como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, el sindicato, etcétera); son *difusos*, en cambio, los intereses que, *sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables, como habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir determinadas circunstancias socioeconómicas.*⁷

Pues bien, el transitado teórico de los derechos del consumo, indica lo complicado que resultó su exigibilidad debido a que desde su

⁴ Vale la pena aclarar que en ambos casos tal situación se ha superado, en el caso de España ante la normatividad Europea en la materia y en México por la reciente reforma en materia de derechos humanos del año 2011.

⁵ Declaración de Rio de Janeiro de 1994.

⁶ Cfr. FARINA, Juan F. *Contratos comerciales modernos*. Modalidades de contratación empresarial. Buenos Aires - Argentina: Astrea, 1999. p. 7 y ss.

⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A problemática dos interesses difusos*. A tutela dos interesses difusos. São Paulo, 1984. p. 30-31.

nacimiento, los derechos sociales según la teoría clásica de los derechos -, no son derechos fundamentales y en este tenor sólo pueden considerarse como derechos programáticos. Las críticas se centran en las fallas estructurales o congénitas de los derechos sociales que los convierten en derechos imperfectos⁸ y que intentan debilitarlos en atención a las siguientes características: la programaticidad de los enunciados constitucionales que los contienen, la indeterminación de su contenido o carácter *prima facie* y su carácter prestacional que implica asumir que se trata de derechos caros y, en consecuencia, de difícil o imposible cumplimiento.⁹

El carácter programático de tales derechos, según Pisarello, indica que los derechos sociales son de configuración legal. Al respecto, sugiere dos ideas: la primera, que “los derechos sólo resultan exigibles cuando son desarrollados por el legislador independientemente de su reconocimiento constitucional; la segunda, que el legislador goza de un poder ilimitado para proceder o no a ese desarrollo”.¹⁰ Tal concepción debe ser superada, sobre todo, si atendemos la exigibilidad directa de los enunciados constitucionales y su carácter de norma suprema, vinculante para todo poder público. De tal forma, las políticas públicas de consumo deben seguir las pautas constitucionales con el propósito de no vulnerar los derechos básicos del consumidor.

Por tanto, desde el enfoque epistemológico de este trabajo, se apunta a defender los derechos del consumidor como derechos fundamentales. Esta concepción implica considerarlos como verdaderas expectativas subjetivas de los ciudadanos frente al Estado y los particulares; situación jurídica que posiciona al sujeto para exigir la garantía, entre otros actos u omisiones, ante las políticas públicas diseñadas por el Estado.

A mayor abundamiento, Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.¹¹

⁸ HIERRO, Liborio. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. En: GARCÍA, Ricardo; ROBERT, Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 172.

⁹ ACUÑA, Juan Manuel. *Justicia constitucional y políticas sociales*. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Porrúa, México, 2012. p. 31-32.

¹⁰ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, op. cit., p. 30-31.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 37.

El mismo autor aclara, que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de una idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”.¹²

En este tenor, los derechos del consumidor cuentan con un *status* al estar previstos por los documentos internacionales y ordenamientos constitucionales que declaran la expectativa positiva o negativa del sujeto para que se respeten sus derechos como consumidor. Asimismo, la caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales, no solamente sirven para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad.

En palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos “son normativamente de *todos* (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”.¹³ Sin embargo, que no sean alienables o negociables significa que los derechos fundamentales no son disponibles; en otras palabras, su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es titular), como pasiva (ya que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado).¹⁴

En los últimos años, las características mencionadas de no negociabilidad y no alienabilidad son significativas, pues sirven entre otras cosas, para colocar a los derechos fuera del alcance de la lógica neo-absolutista del “mercado” que todo lo traduce en términos de productividad y ganancias; al no ser alienables ni disponibles, los derechos se convierten en un verdadero *coto vedado*, expresión dada por Ernesto Garzón Valdés.¹⁵

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001. p. 291.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 39 y 99.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ GARZÓN VALDÉS. Representaciones y democracia. En su libro *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. p. 644. Del mismo autor es importante consultar también su obra *Instituciones suicidas*. Estudios de ética y política. México, Paidós: UNAM, 2000.

Lo anterior implica que no se pueden vender los derechos del consumidor frente a los intereses de un libre mercado.

Es relevante no perder de vista, como lo sostiene Durand Carrión, “el pensamiento filosófico existencialista que viró la mirada del Derecho hacia el hombre. El ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado”.¹⁶ Esta reflexión filosófica es importante para comprender que el derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal; que una vez trasgredido se proceda a su reparación, dado que ese atentado equivale a la violación de uno de los derechos de la persona y, en efecto, debe tener un trato similar a la violación de la libertad. Incluso la posición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, porque el hombre - ontológicamente hablando - es sujeto de necesidades desde su nacimiento. Por tanto, la norma jurídica debe atender y proteger esas necesidades ante las nuevas modalidades de consumo de bienes y servicios.

Ante esta problemática, es preciso evaluar los nuevos agentes globalizadores como lo son el aumento de poder económico, el desarrollo de nuevas tecnologías, la prestación de servicios públicos por empresas, entre otros, que se convierten en agentes potenciales para la trasgresión de derechos fundamentales; en pocas palabras y en cuanto a los derechos del consumidor se refiere, es necesario convertirlos en verdaderos derechos y no derechos sobre el papel.¹⁷ En consecuencia, es obligatorio un giro epistemológico para apartar el estudio de los derechos del consumidor como derechos programáticos y adoptar su posición como verdaderas expectativas jurídicas; lo anterior se traduce en afianzar su garantía ante instancias constitucionales e internacionales que permitan evaluar la idoneidad de decisiones políticas, políticas bancarias, políticas publicitarias, entre otras, que atenten contra el contenido esencial de estos derechos.

II. El constitucionalismo emergente y los derechos del consumidor

Es importante reflexionar sobre los aspectos ontológicos en los que descansa la existencia de las normas jurídicas y específicamente la Constitución, aunado al estudio del papel que desempeña el

¹⁶ Cfr. DURAND CARRION, Julio. Los derechos del consumidor y su desarrollo constitucional. *Vox Juris*, n. 17, p. 341 y ss.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara, México, 2007. p. 214-215.

constitucionalismo actual para proteger los derechos del consumidor. Comenzando con el primer punto, hay que perfilarlo como lo sugiere Cáceres Nieto, que no se puede analizar el concepto de Constitución desde una perspectiva ontológica clásica, sino en tanto *constructo cognitivo* en proceso de reconfiguración. La propuesta de este autor, consiste en definirla desde una perspectiva óntico-práctico; es decir, analizar aquellos vectores que han impactado la dimensión epistémica del constitucionalismo; entre otros, sugiere los siguientes:

1) Generación de normas constitucionales definitorias de políticas públicas por interacción con actores no constituidos en el ámbito óntico-práctico estatal (Organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, etc.);

2) Revisión de decisiones judiciales por instituciones legales no generadas en el ámbito óntico-práctico estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras);

3) Interacción con instituciones legales internacionales no gubernamentales (ONGs)

4) Incorporación de decisiones de instituciones legales transnacionales de las cuales el sistema en cuestión es un subsistema (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, etc.);

5) Impacto en las normas, instituciones y agentes del sistema, generadas por interacción con instituciones y sistemas globales con una agenda transnacional ajena a las expectativas de forma de vida de los agentes del sistema estatal (normas generales a partir de presiones ejercidas por empresas multinacionales);

6) Modificación de los modelos mentales de los funcionarios públicos, por interacción con agentes de la misma clase pertenecientes a otros ámbitos óntico-prácticos estatales (redes internacionales de jueces, de legisladores, etc.).

Ante estas realidades, se sugiere un cambio epistemológico sobre el que descansa el constitucionalismo. La norma constitucional requiere enfoques diferentes a los postulados clásicos, sin olvidar su *ratio* y *telos*. No obstante, se percibe una psicosis doctrinal ante estos nuevos vectores o realidades, de ahí que resulte oportuno recobrar el plano ontológico especial de la norma jurídica.

Al respecto, Manuel Atienza postula que en el plano de la ontología especial, la norma jurídica se contempla como una entidad externa, no sólo en cuanto que una norma exige ser expresada (exteriorizada) en algún lenguaje, sino también, en cuanto que la “vocación” de las normas es la de traducirse en conductas (de los ciudadanos o de una clase específica de estos: los jueces). Igualmente, resulta evidente que las normas jurídicas tienen, de manera general, su origen en un acto psicológico, volitivo de uno o varios individuos, que provocan determinados sentimientos de aprobación, desaprobación, entre otros.

En este tenor, la norma constitucional que está emergiendo está obligada a ligarse a la realidad que pretende normar. Como acertadamente señala Konrad Hesse “Toda Constitución es Constitución en el tiempo: la realidad social, a la que van referidas las normas está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso, deja incólume el contenido de la Constitución”.¹⁸ Sin embargo, no se deben dejar atrás los fines deónticos de la existencia de la norma jurídica, ya que esta omisión trae consigo que el derecho esté convertido en un fin práctico carente de todo valor axiológico. Por tanto, un punto de vista óntico, práctico y deóntico de la norma constitucional sería más atinado, debido a que la norma constitucional atendería las nuevas realidades sin olvidar los fines axiológicos a los que responde su existencia y en conjunto estos tres elementos podrían asegurar que la norma responda a las necesidades actuales.

Entre estos vectores ónticos se encuentran las modalidades de consumo y la fijación de políticas del consumo con intereses diversos. Chávez Manzano revela la necesidad de atender los problemas y demandas de las personas naturales o jurídicas que participan en calidad de consumidores y usuarios de bienes y servicios que proveen organismos, empresas públicas o privadas; en general, el comercio legal. Así, tiene lugar el fenómeno denominado “despertar de los derechos de los consumidores” y que ha empezado a formar parte de los movimientos sociales, organizaciones políticas, medios de comunicación y en general de la ciudadanía que, naturalmente, también constituye el universo de consumidores.¹⁹

¹⁸ HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. En: *Manual de derecho constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons, España, 1996. p. 9.

¹⁹ Ver MANZANO CHAVÉZ, Liliانا. *Defensa del consumidor*. Análisis comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay. Friedrich Ebert Stiftung, Chile, 2008. p. 2.

Como ejemplo de la exigibilidad de estos derechos, está la actual crisis financiera que vive Europa, con mayor intensidad en países como España, Italia, Portugal y Grecia. Crisis que exige proteger los derechos del consumidor de servicios y productos financieros, al descubrir la vulnerabilidad de las personas que contratan con las entidades bancarias y, por consecuencia, también impone la necesidad de revisar su régimen de protección. En un estudio reciente, Fernando Zunzunegui pone de relieve la situación de vulnerabilidad de familias endeudadas - por la concesión irresponsable de créditos hipotecarios- que pierden sus viviendas en procedimientos de desahucio.²⁰

Conforme a los vectores antes mencionados, se afirma que la globalización pone en tela de juicio el constructo teórico constitucional, pero también introduce nuevos agentes en las relaciones de consumo, así como la mundialización de productos y nuevas políticas publicitarias, bancarias, etcétera. En este tenor, las necesidades humanas son otras y se subsanan a través de innovadoras modalidades de consumo. Algunas problemáticas en torno a ello son:

1. La delimitación jurídica de la publicidad en los derechos del consumo. Hay que hacer hincapié en la responsabilidad generada por la oferta o publicidad que no se gesta por la vía de tratos preliminares, sino por la relación de confianza propiciada a través de la misma, de manera que se materializa en una culpa *in contrahendo*. (por ejemplo publicidad en televisión o radio);

2. El fenómeno de nuevos agentes en la prestación de servicios que se refleja en un sinnúmero de situaciones, como por ejemplo, en las políticas bancarias que ofrecen servicios financieros con reglas poco justas;

3. Las políticas de libre mercado desarrolladas por textos ajenos a la naturaleza constitucional de los Estados.

Por tanto, la interrogante que surge es si la norma constitucional debe ser reformada para proteger estas nuevas situaciones. La cuestión

²⁰ ZUNZUNEGUI, Fernando. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. *Revista de Derecho del mercaderío financiero*, nov. 2013. Publicado en AA.VV, La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades, Artarteko, Bilbao, 2013. Disponible en: <<http://rdmf.files.wordpress.com/2013/11/fernando-zunzunegui-derechos-del-consumidor-de-servicios-y-productos-financieros-como-derechos-bc3a1sicos.pdf>>. Consultado en: dic. 2013.

Por hacer mención cada 15 minutos hay un desahucio en España, ver: *El País*. Un desahucio cada 15 minutos Disponible en: <http://economia.elpais.com/economia/2013/04/11/actualidad/1365664722_029246.html>. Consultado en: dic. 2013.

estriba en alimentar una verdadera cultura constitucional y defender la fuerza normativa de la Constitución como norma suprema.²¹ Para hacer frente a los retos que impone la globalización, el papel del constitucionalismo actual es como protagonista; es decir, la norma constitucional debe fijar los lineamientos de operación de los actores en el libre mercado.

Siguiendo a Prieto Sanchís es pertinente abrigar un “constitucionalismo de los derechos” cuya primera característica es que la Constitución ostenta la condición de norma suprema; en el entendido que es la norma encargada de fijar las reglas de acción y omisión de los operadores jurídicos y particulares.²² De tal forma que la economía de libre mercado, las integraciones económicas, los pactos comerciales, tomen como referencia los postulados constitucionales de los Estados. Lo contrario sería dejar a merced del mercado, los derechos fundamentales establecidos en las constituciones.

También la ingeniería constitucional requiere rematerializarse, esto es, debe reconocerse que los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa que hace al Estado constitucional contemporáneo.²³ Esos valores, principios y derechos fundamentales permean las tres funciones estatales y el actuar de los particulares. Por tanto, las acciones u omisiones que constituyan una vulneración a tales derechos pueden ser exigibles ante instancias jurisdiccionales.

Asimismo, otro rasgo que caracteriza al constitucionalismo actual es, precisamente, la garantía judicial y aplicación directa de la Constitución. Como lo especifica Prieto Sanchís, constituye la consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución; su exigibilidad se hace valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea. No obstante, la consecuencia más interesante es que la *interpositio legislatoris* deja de ser una mediación necesaria para la aplicación de la Constitución o, al menos, de sus derechos fundamentales, supone entonces que los operadores jurídicos acceden y hacen uso de los mismos de manera directa y

²¹ La cultura constitucional refleja en conjunto de percepciones, actitudes y opiniones sociales que se refieren al significado, funciones e importancia de la Constitución en la sociedad. Ver FIX-FIERRRO, Héctor. *Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México*. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2013.

²² Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013, p. 25

²³ *Ibidem*, p. 26.

no a través de la previa interpretación o decisión del legislador. Es decir, el constitucionalismo toma un viraje hacia la exigibilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales. De esta manera, los derechos del consumidor pueden ser exigibles ante prácticas injustas efectuadas tanto por particulares como por el Estado. Bajo estas premisas procede su amparo ante políticas bancarias injustas, como sucede en España.

III. La justicia constitucional ante la protección de los derechos del consumidor

Los nuevos paradigmas para el constitucionalismo, también, desembocan en el papel de los jueces e intérpretes; de tal forma, que como sostiene Bidart Campos, la jurisdicción constitucional, cualquiera que sea el sistema que para ella se adopte, genera un poder judicial cargado de protagonismo.²⁴ Protagonismo que implica adoptar una postura garante de los derechos humanos debido a que son los jueces quienes se encargan de defender en un tiempo y espacio los derechos de los habitantes de un Estado Constitucional. Labor que no se cumple si las cortes nacionales trasladan esta tarea a los órganos internacionales y se mantienen a la espera de sentencias condenatorias.

Los nuevos elementos óntico-prácticos a los que da respuesta el constitucionalismo, desde la postura de Gustavo Zagrebelsky, impulsan el pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutren de moderación, reconocimiento, respeto y diálogos recíprocos; garantizarlos constituye el objetivo más profundo de los tribunales constitucionales en cualquier parte del mundo. La incomunicabilidad, por el contrario, equivale a la rotura del círculo ideal de intérpretes constitucionales. Las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen la cabeza dirigida a principios de carácter universal. Cerrarse a sí mismas, significa solamente una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales.²⁵ Por tanto, la justicia constitucional está ingresando en un terreno complejo, asumiendo un nuevo rol institucional y de relación con los restantes poderes. En este nuevo

²⁴ BIDART CAMPOS, German. *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, México, 1999. p. 161.

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 95 y ss.

escenario, resulta de vital importancia que no pierda de miras su misión esencial, consistente en coadyuvar a la efectiva tutela de los derechos fundamentales.²⁶

La apertura constitucional es un proceso que supone superar la idea de que los jueces nacionales son los únicos garantes de los derechos fundamentales, y les impone la tarea de operar con nuevas técnicas interpretativas. El proceso de subsunción quedó desfasado para ceder su lugar a la aplicación argumentativa a través del juicio de ponderación y el método comparativo. De tal forma, que los nuevos paradigmas para los jueces constitucionales consisten en:

- a) Adoptar una postura garante de los derechos humanos;
- b) Generar una interpretación con nuevas técnicas hermenéuticas (juicio de ponderación, método comparado, etc.);²⁷
- c) Estar abiertos a los contenidos consensuados a nivel internacional en torno a la efectiva protección de estos derechos.

Al respecto, Peter Häberle se refiere a una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, debido a que la interpretación escapa de criterios reduccionistas que, muchas ocasiones, son producto de presunciones que tienen como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces.²⁸ Con estos mecanismos se busca garantizar la tutela de los derechos humanos, teniendo como primer garante al Estado, pero en corresponsabilidad y cooperación con otras instancias internacionales. Así mismo, los órganos nacionales requieren tomar un papel activo para ser los primeros garantes y defensores de los derechos humanos en cooperación con los órganos internacionales. En este tenor, los órganos jurisdiccionales deben asumir que no tienen *auctoritas monopolica* para interpretar derechos humanos, sino que hay otros órganos que desempeñan un papel importante.

Ante los nuevos paradigmas para los juzgadores del siglo que avanza, se encuentran los elementos argumentativos para proteger los

²⁶ ACUÑA, Juan Manuel, op. cit., p. 198.

²⁷ Recientemente se está estudiando en Europa el concepto jurisprudencial de acomodamiento aplicado a la diversidad cultural y religiosa. Ver ELÓSEGUI ITXASO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*. Aranzadi, Pamplona, 2013.

²⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Attala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012.

derechos sociales y específicamente los derechos del consumidor. Paradigma que ya se visualiza en los argumentos de algunas cortes constitucionales, bajos los siguientes parámetros:

A. Los derechos sociales como derechos subjetivos.- Aquí se toma como referencia a la Corte Constitucional Colombiana que expresó: “La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en la que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del estado, la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces en una realidad concreta a favor de un sujeto determinado”.²⁹ Esta postura es interesante debido a que si ya existen elementos concretos a partir de los cuales el Estado define el *status* negativo o positivo para exigir el derecho (a través de la norma constitucional, leyes, normas oficiales, políticas), luego entonces se postula que los derechos sociales son subjetivos. De ahí, que si los derechos del consumidor se desarrollan a través de los documentos antes referidos e incluso se cuenta con órganos para la defensa del consumidor, por tanto, se puede decir que son verdaderos derechos subjetivos. La expectativa jurídica queda evidenciada en múltiples normas jurídicas y de esta manera no se puede negar su exigibilidad como derecho subjetivo.

B. La protección de los derechos económicos sociales y culturales bajo los principios de progresividad de los derechos humanos. Este principio se encuentra plasmado en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e implica la obligación del Estado para adoptar todas las medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, conlleva la prohibición de regresividad. Nuevamente la Corte Constitucional Colombiana fijó un criterio interesante en los siguientes términos: “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida al menos en un aspecto. Todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los estados pueden enfrentar dificultades que pueden

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU. 819/1999.

hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección, no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable y por ello, estar sometido a un control judicial más severo".³⁰

Este argumento sostiene la obligación del Estado para tomar todas las medidas a su alcance para proteger los derechos sociales y una vez implementado un grado de protección no dar marcha atrás sin antes justificar el cambio y garantizar igual o mejor resultado. Este test de constitucionalidad impone un criterio de racionalidad y progresividad para las políticas públicas en distintas materias, entre ellas las de consumo.

Conclusión

Con estas breves referencias y el estudio de casos concretos, podemos constatar el papel de la justicia constitucional para la protección de los derechos sociales y la tendencia de algunas cortes de asumir la garantía primera de estos derechos. Los derroteros para el constitucionalismo actual consisten en proteger los derechos fundamentales y hacerlos exigibles ante nuevas prácticas injustas y demoledoras de la axiología que respalda la existencia del derecho. En este tenor, el constitucionalismo que emerge se sostiene en el protagonismo de la Constitución como norma suprema y en los fines axiológicos que persigue su alto *status*.

Queda como tarea pendiente la construcción de los mejores escenarios para que la protección de los derechos del consumidor, se asuma como una obligación inherente al Estado constitucional y como una tarea de primera importancia en los próximos desarrollos de la justicia constitucional local y transnacional.

Referencias

ACUÑA, Juan Manuel. *Justicia constitucional y políticas sociales*. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los Derechos sociales fundamentales. México: Porrúa, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán. *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*. México: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, 1999.

³⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-177/2005.

DURAND CARRION, Julio. Los derechos del consumidor y su desarrollo constitucional. *Vox Juris*, número 17.

El País, Un desahucio cada 15 minutos, Disponible en: <http://economia.elpais.com/economia/2013/04/11/actualidad/1365664722_029246.html> Consultado en: dic. 2013.

ELÓSEGUI ITXASO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*. Pamplona: Aranzadi, 2013.

FARINA, Juan F. *Contratos comerciales modernos*. Modalidades de contratación empresarial. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

FIX-FIERRO, Héctor. Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. México: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

GARZÓN VALDÉS. "Representaciones y democracia", en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Estudios de ética y política*. México: Paidós, UNAM, 2000.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2007.

HIERRO, Liborio. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. En: GARCÍA, Ricardo; ROBERT, Alexy (Ed.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

HERNÁNDEZ PERERA, Julio César. La farmacoepidemiología y el tratamiento del dolor. *Invest Medicoquir*, n. 3, 2011.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: *Manual de derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública. España: Marcial Pons, 1996.

MANZANO CHAVÉZ, Liliana. *Defensa del consumidor*. Análisis comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, Chile. Friedrich Ebert Stiftung, 2008.

OVALLE FAVELA, José. *Derechos del consumidor*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A problemática dos interesses difusos*. A tutela dos interesses difusos. São Paulo, 1984.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayos de filosofía jurídica, Madrid: Trotta, 2013.

QUIROZ RUIZ, Sara Luz. El derecho de los consumidores y los patrones de consumo. *Revista Multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Desarrollo Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana*, n. 14, año 7, jul./dic. 2006. Disponible en: <<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/14/quiroz14.pdf>>. Consultado en: dic. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

ZUNZUNEGUI, Fernando. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. *Revista de Derecho del mercaderío financiero*, nov. 2013, Publicado en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, Artarteko, Bilbao, 2013. Disponible en: <<http://rdmf.files.wordpress.com/2013/11/fernando-zunzunegui-derechos-del-consumidor-de-servicios-y-productos-financieros-como-derechos-bc3a1sicos.pdf>>. Consultado en: dic. 2013.

Declaración de Rio de Janeiro de 1994.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Attala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.819/99.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-177/05.

A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PUBLICIDADE DE MASSA E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PROTETIVAS

LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN*

SELMAR JOSÉ MAIA**

Introdução

O grande social é mais bem revelado no desequilíbrio de relações de forças entre seus sujeitos, precisamente nos interesses múltiplos, contrastantes, antagônicos e complexos de seus agentes. Num recorte desse social temos a proteção da criança *versus* a publicidade infantil de massa, a envolver particulares, Estado e mercado - este último na qualidade de fenômeno social apenas direcionado. É um assunto objeto de grande discussão em face da relação de forças díspares representado na vulnerabilidade agravada do potencial consumidor dentro de um panorama de hiperconsumo.

Para tanto, num primeiro momento merece ênfase os meios de comunicação e o mercado de massa para fins de contextualização das tecnologias da contemporaneidade e sua onipresença. Na sequência, confere-se a devida preocupação para uma hipervulnerabilidade da criança e o adolescente nas publicidades de massa.

Necessário mencionarmos que, ambos os tópicos auxiliam sobremaneira na denúncia da real condição de refém da criança submetida ao mercado de consumo, pois, e pela primeira vez na história da humanidade, mais do que uma sociedade de consumo, testemunhamos uma sociedade do estímulo para o consumo.

* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela UCS. Bacharel em Direito pela UCS. Professor do Curso de Direito da UCS. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Metamorfose Jurídica.

** Graduando em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista pesquisador da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS.

Ademais, as consequências comportamentais reativas da criança frente à mídia publicitária são por demais nefastas para não serem contempladas numa revisão de sentido interpretativo da legislação constitucional corrente do tema, ainda que esta colaboração esteja restrita a apenas um ponto de partida: o impacto da publicidade de massa diante da hipervulnerabilidade do consumidor criança e do adolescente nas sociedades poli-contextuais brasileiras.

Esse enfrentamento permite chegar ao ponto clímax desta pesquisa, precisamente no que concerne às regulações jurídicas brasileiras para às publicidades de massa, com destaque para a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014, do Conanda, a qual traz novos parâmetros para a proteção contra abusos praticados pela publicidade contra o público infantil e adolescente.

1. Os meios de comunicação e o *mercado de massa*

Comunicação na contemporaneidade implica atrelar recursos biológicos e/ou tecnológicos para a transmissão de informações de um ponto a outro, denominados pontualmente de dados quando corrente no meio eletrônico virtual.

Na categoria atual de tecnologia de massa do século XX tem-se a TV, o disco, a fita e o CD, o sistema de posicionamento global - GPS, o computador, a *Internet*, a *Internet das coisas*, os videogames, os celulares e mais recentemente a TV digital interativa.¹ Itens pertencentes ao sistema de telecomunicações a revolucionar não apenas o deslocamento das informações, mas a forma de produção da linguagem e a cultura em cheio. Meios, contudo, a permitir a grande circulação do componente principal e de atual parâmetro para aferição da riqueza: a informação.

Informação que encontra cada vez mais acumulação em quantidades incomparáveis devido às progressivas tecnologias de armazenamento, passando a ser uma presença onipresente de diferentes categorias: fútil em muitíssimas quantidades, irrelevante em outras, às vezes notícia, pouquíssimas vezes conhecimento e quase nunca sabedoria.

Em Gleick a informação detém um papel chave nos tempos correntes:

¹ BODYCOMB, David et al. *O mundo da ciência e da tecnologia*. Tradução Claudio de Biasi, Marília de Biasi e Ronaldo de Biasi. Rio de Janeiro: Reader's Digest, 2005. p. 91, 94-97 e 100-113.

“[...] a *informação* é aquilo que alimenta o funcionamento do nosso mundo: o sangue e o combustível, o *princípio vital*.” (Grifo nosso).²

Mais, a real mutação mais recente e relevante para a informação parece ser a da sua condição mercadológica possibilitada pela invenção da categoria de mensuração *bit*. Nesse novo status, a novidade mais valorada desvela-se na informação ligada ou pertencente ao consumidor, a recair sobre esta a atenção e prioridade dos fornecedores.

Muitos em deslumbramento, ao acrescentarem a publicidade moderna nesse sistema de telecomunicações e informação quantificada e valorada dentro do contexto de um regime da mais valia, vão indicar como a causa para a nossa era de massificação da vida pública e privada, da superficialidade das relações e dos atos de consumo, a caracterizar um novo estilo de vida dentro de uma nova cultura paradoxal de aproximação e distância em que o individualismo é o parâmetro maior de condução.

Conjuntura, ao que tudo indica, constitui o ambiente macro em que presente o consumidor de um modo geral. Por isso vale refletir sobre a verdadeira participação da publicidade moderna nos tempos atuais e seus efeitos junto ao consumidor, a parte de qualquer cogito de intenção. Importa também ponderar a respeito do verdadeiro escopo para com esse consumidor e os meios tradicionais aplicados nas fartas espécies de *advertising*.

As variadas fontes a indicar o marco inicial da publicidade moderna opõem-se entre si a forçar uma pertinente filiação a um pensador cauto como Eskilson, professor Ph.D. de história da arte junto a *Brown University*.³

O historiador faz referência ao ano de 1836, precisamente para o jornal francês *La Presse*, como o primeiro veículo de mídia a incluir publicidade paga em suas páginas, seguido por outros títulos. Essa novidade para a época deu condições ao difusor de notícias reduzir seu preço de venda, estender seus leitores e aumentar a rentabilidade.⁴

Ainda com Eskilson, as primeiras linhas do que viria a ser uma agência de publicidade moderna foram estabelecidas em 1840 por Volney B. Palmer, pessoa que funcionou tão somente como corretor de espaços entre o anunciante e o veículo de comunicação. O anúncio real a envolver cópia, *layout* e arte-final atrelados ao planejamento, criação e execução de

² GLEICK, James. *A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada*. Tradução Augusto Calil. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 16.

³ ESKILSON, Stephen J. *Graphic design: a new history*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2007. p. 58.

⁴ ESKILSON, idem.

campanhas publicitárias somente tem espaço próprio no final daquele século, com a NW Ayer & Son, então localizada na Filadélfia, USA. Trata-se da primeira agência com responsabilidade sobre o conteúdo publicitário.⁵

Desde então a publicidade moderna se reinventou em incontáveis ocasiões, ao ponto de notarmos não apenas sua onipresença, porém sua saturação e toxidade junto ao seu público principal, o consumidor.

Não importa mais apenas o direcionamento do consumidor mediante mera persuasão, mas manipulação deste por persuasão agressiva e invasiva. Na linha do sociólogo sistêmico autopoiético Luhmann, então focado para o estudo da linguagem, a publicidade ganhou um tom de desvio informativo:

[...] la publicidad funciona, y lo hace bajo la autoorganización de la estupidez [...]. En la actualidad, *la publicidad no pretende describir los objetos que se ofertan* [...]. *Se hace propaganda, serviéndose de medios psicológicos muy complejos que calan hondo y que evaden la tendencia crítica de esfera cognitiva* [...]. Cada vez más la publicidad se basa en que *no se conozcan los motivos de sus lisonjeados*. [...] *Al espectador se le sugiere que ejerza su libertad de decisión*, lo que quiere decir, que a partir de sí mismo quiera lo que el realmente no hubiera querido [...] *la forma bella tiene la función de hacer que los motivos de los cortejados permanezcan desconocidos*. (Grifo nosso).⁶

Nos tempos mais correntes, especialmente no círculo brasileiro de pesquisas, Pasqualotto é quem melhor presta revalidação às observações críticas luhmannianas para essa publicidade de múltiplos adjetivos, cada vez menos de linhas informativas.

[...] A informação é neutra, ao contrário da publicidade. Nessa corrente, encontram-se críticos enérgicos da publicidade comercial. Palavras contundentes encontram-se em Niklas Luhmann, que descreveu a *publicidade* como a auto-organização da estupidez, porque o que ela *busca é a manipulação*. *Sua intenção não é informar sobre os produtos que oferece, mas evadir a crítica da esfera cognitiva*. Para isso, *serve-se da estética*, fazendo com que os *motivos que determinam a decisão de compra permaneçam ocultos*. Ao mesmo tempo, a publicidade *insinua que se*

⁵ ESKILSON, idem.

⁶ LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 66-68.

trata de uma decisão livre, convencendo o consumidor a querer o que realmente não teria querido. (Grifo nosso).⁷

Em que pese a linha de produção em massa de produtos e serviços padronizados tenha permitido o padrão atual de confortos sem correspondência na história, esta mesma configuração carrega consigo inéditas categorias de males sociais provocados pela necessidade da circulação constante de bens.

Não se refere a apenas de um consumo regido pelas reais necessidades dos consumidores, mas pelos desejos implantados e convertidos em necessidades para que a grande linha do sistema do capital - extração, produção, transporte, consumo e descarte - não encontre fim.

Daí a fundamental importância de atrelamento entre a publicidade a algo bom, positivo e divertido, típico de uma criação artificial que prestigia uma realização aparente, revestido de um irreal critério subjetivo de escolha pelo consumidor. Simplesmente, talvez uma dentre as maiores ilusões dos nossos tempos.

A isso se soma a contribuição de Keim, quem soma outro fator não menos irrelevante: a publicidade desvinculada de qualquer espécie de sentimento de frustração provocada ao consumidor. Uma campanha de publicidade de sucesso não pode provocar tensionamento entre si e o receptor.⁸

Como é evidente, a consequência disso recai na manipulação e controle do consumidor em relação micro, indivíduo por indivíduo, apesar das técnicas massivas utilizadas. A maximização das satisfações por ato aquisitivo traduz-se ao novo *status* de felicidade,⁹ a encontrar rival tão somente no gozo ou prazer climax no momento do ato de consumo, ocasião em que este consumidor instantaneamente incorpora à sua autorreferência aquele produto sob rótulo de referência de posição social.¹⁰

Como esse ato condiciona-se a sempre mais e mais repetições, podemos afirmar que o efetivo escopo da publicidade moderna dentro desse mercado de massa encontra simetria não necessariamente com a

⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Apresentação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 7-8.

⁸ KEIM, Gracy. Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

⁹ FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995. p. 32.

¹⁰ RATIO, Cleber Gibbon. *Compulsão à comunicação: ética, educação e autorreferência*. Curitiba: Appris, 2012. p. 14.

aquisição, posse e desfrute, mas com o *estar em movimento* pelo consumidor.¹¹ A denúncia que se reveste num novo estilo de vida é tecida com muita precisão pelo sociólogo Bauman.¹²

Esse fenômeno estabeleceu maior interação entre indivíduo e o mundo comercial, e, por conseguinte, passou-se a investir ainda mais fortemente em publicidades de massa, na busca da elevação do prestígio da marca e da fidelização de clientes em potencial. Para outro pensador como Lipovetsky, a evolução da publicidade está diretamente relacionada ao desenvolvimento da sociedade industrial e ao consumo de massa.¹³

Nessa mesma linha de raciocínio, oportunas são as observações de Bauman, dispondo que “a referência de estar à frente de tendência de estilo transmite a promessa de um alto valor de mercado e uma profusão de demanda (ambos trazidos como certeza de reconhecimento, aprovação e inclusão)”.¹⁴ Lipovetsky vai ainda mais longe assinalando que,

[...] não fazemos mais que consumir amor nas mídias de massa, cremos nele, reconhecemos-lhe um valor excepcional, organizamos-desorganizamos partes inteiras de nossa existência em função dos movimentos do coração. Um eixo importante da vida permanece fundamentalmente heterogêneo às forças do mercado: nem tudo é evidente, foi colonizado pelo valor da troca. É essa própria dimensão que constitui o que para nós é a maior riqueza, o relevo mais intenso da vida privada. Essa parte fora do mercado não é nem residual nem arcaica. É bem o contrário: quanto mais se aplica a comercialização dos modos de vida, mais se afirma o valor do polo afetivo na esfera privada. [...] a dinâmica do indivíduo e a mercantilização das necessidades.¹⁵

Como se percebe, importa mencionar que os valores éticos e morais estão em constante mudança e, por conseguinte, em constante estudo

¹¹ O motor de impulso disso talvez tenha sido bem definido em palavras de García Canclini: Em sociedades modernas e democráticas, em que não há superioridade de sangue nem títulos de nobreza, o consumo se torna uma área fundamental para instaurar e comunicar diferenças. CANCLINI, García. *Culturas híbridas: Estratégias para entrar e sair da modernidade*. Tradução Heloísa Pezza Cintrão, Ana Regina Lessa. Tradução da introdução de Gênese Andrade. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. p. 36.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 126.

¹³ LIPOVETSKI, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia de Letras, 2007. p. 173.

¹⁴ BAUMAN, op. cit., p. 96-97.

¹⁵ LIPOVETSKI, op. cit., p. 148.

pelos mais preparados pesquisadores do mercado consumidor, os profissionais especializados atualmente em convencer por convencer.

Outro ponto que merece destaque reside nas mudanças econômicas da atualidade a exigir dos produtores dos meios de produção uma análise mais criteriosa de seus clientes, numa observação mais criteriosa dos consumidores como numa antes ocorrido. Nesse sentido, a publicidade nos atrai para seus encantos, nos “acende” por meio de técnicas experimentadas, a criar consumidores segmentados.¹⁶

Nesse sentido colaciona-se fundamental apontamento de Samara e Morsch, para quem:

[...] as tendências e as mudanças econômicas, sociais e tecnológicas ocorridas nas últimas décadas e o crescente nível de exigência dos consumidores, contribuíram fortemente para consolidar a importância e a necessidade do estudo do comportamento do consumidor pelas empresas.¹⁷

Com efeito, esses estudos dispõem a possibilidade de direcionar-se a publicidade de massa nas mais variadas classes econômicas da sociedade, a oferecer produtos e condições nunca vistos antes, de forma a atrair a compra e, conseqüentemente, garantir resultados individualizados.

De outra banda, outro fator que vem colaborando fortemente para essa situação é o estudo das influências psicológicas implícitas na propaganda. Para Samara e Morsch, os fatores psicológicos atingem inteiramente o comportamento do indivíduo e a análise da condição motivacional humana figura como a matéria-prima dos tempos vigentes:

[...] estudo das necessidades e da motivação humana, da percepção, das atitudes, do aprendizado e da personalidade tem auxiliado sobremaneira os profissionais do marketing no entendimento da relação entre fatores psicológicos e o comportamento de consumo.¹⁸

A preocupação exacerbada de conhecer o cliente por completo, dos gostos ao psíquico, é a moeda corrente dos dias atuais.

Nessa mesma esteira, Lipovetsky entende que o consumidor dispõe de uma massa de informações nunca vista antes. Está à disposição ainda, o que o filósofo denomina de conhecimentos mediático-científico.

¹⁶ KAPFERER, Jean Noel. *A criança e a publicidade*. 1. ed. Cidade do Porto, Portugal: Rés, s/d. p. 29.

¹⁷ SAMARA, Beatriz Santos; MORSCH, Marco Aurélio. *Comportamento do consumidor: conceitos e casos*. São Paulo: Prentice Hall, 2005. p. 102.

¹⁸ SAMARA, op. cit., p. 102.

Em outros dizeres, o comportamento do consumidor está em constante avaliação, monitoramento e vigilância.¹⁹

De certa forma, isso é corroborado nas observações de Bauman, que discorre sobre a *liberdade* de escolha da contemporaneidade. Para ele, o consumidor não é forçado a levar o produto, mas implicitamente uma marca que lhe traz o algo a mais, o que raramente causa resistência ou revolta no ato da compra.²⁰

Porém, a mais promissora e incisiva ferramenta combinada de abordagem ao consumidor, na atualidade, traduz-se na *publicidade comportamental (behavioral advertising)*, a prescindir de uma vasta e intensiva utilização de dados via monitoramento prévio para obtenção de um perfil (*profiling*) do usuário.²¹

Outras técnicas de monitoramento situam-se na navegação desse usuário da *Internet*. Os indicadores, assim, serão revelados por meio dos rastros deixados pelas páginas acessadas.

Nesse sentido, cabe ênfase para um dispositivo de monitoramento chamado de *tracking*, calcado na navegação em *sites* específicos, seguido do modelo denominado de DPI (*Deep Packet Inspection*), a compreender o serviço de interceptação de fluxo de dados entre o navegador e o sítio visitado, realizada no próprio provedor.²²

Trata-se da publicidade comportamental, de onipresença e inserção tamanha no meio social que a própria *Federal Trade Commission*, órgão norte-americano para a área, apontou sua nocividade:

A publicidade comportamental é o monitoramento das atividades de um consumidor quando conectado a Internet - incluindo as pesquisas que ele fez, as páginas que ele visitou e o conteúdo consultado - com a *finalidade* de fornecer-lhe *publicidade dirigida* aos interesses individuais deste consumidor. (Grifo nosso).²³

¹⁹ LIPOVETSKI, op. cit., p. 139.

²⁰ BAUMAN, op. cit., p. 97. O autor explica que essa nova maneira, praticada pela sociedade líquido-moderna de consumidores, provoca quase nenhuma dissidência, resistência ou revolta, graças ao expediente de apresentar o novo compromisso (o de escolher) como sendo liberdade de escolha. Seria possível dizer que o mais considerado, criticado e insultado oráculo de Jean-Jacques Rousseau - o de que "as pessoas devem ser forçadas a ser livres" - tornou-se realidade, depois de séculos, embora não na forma em que os ardentes seguidores e os críticos severos de Rousseau esperavam que fosse implementado.

²¹ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. In: BRASIL. *Escola nacional de defesa do consumidor*. Brasília/DF: SDE/DPDC, 2010. p. 62.

²² *Ibidem*, p. 65-66.

²³ FEDERAL TRADE COMMISSION. *On line behavioral advertising moving the discussion forward to Possible self-regulatory principles*. FTC Staff Report. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/12/P859900stmt.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2014.

Em uma série de sucessivas reportagens, a problemática ganhou espaço junto ao periódico Wall Street Journal em 2010, em que testes realizados pelo veículo de notícias em 50 sites mais visitados nos EUA apontaram 2.224 arquivos tipo cookies instalados nos computadores dos seus visitantes compulsoriamente, precisamente destinados a monitorar os seus hábitos de navegação.

A Comissão Europeia para a Defesa do Consumidor, por meio da sua comissária para o Parlamento Europeu - a búlgara Meglena Kuneva -, está preocupada com a coleta de dados *online*, perfis e segmentação comportamental, precisamente por poder visualizar os grandes riscos aos consumidores. Por conta disso, tece três linhas de ação: políticas de privacidade, de comunicações comerciais e de discriminação. Nas palavras dela:

As políticas de proteção ao consumidor devem ir além da tutela das informações pessoais e devem considerar o fato de que o consumidor possui um perfil e que ele pode ser abordado diretamente a partir deste perfil, mesmo que ninguém saiba o seu nome real. (Grifo nosso).²⁴

Iniciativas distintas, mesmo que isoladas, valem menção. Estudo em prol dos direitos do usuário da Internet para uma autorregulação rege as condições mínimas de interação com foco na conexão entre o consumidor e o fornecedor: consciência do usuário da Internet do monitoramento incidente, a exigência prévia do seu consentimento livre e informado, monitoramento claro e transparente, disponibilização de informações sobre quais dados coletados, a forma e finalidade de utilização e condição de desistência desse monitoramento.²⁵

Contudo, a quase totalidade de e-consumidores assim o são em plena condição de alienação a esses desafios. Sua preocupação, quando do uso, restringe-se à urgência na obtenção do aplicativo sem se importar com seus dados, e a desconsiderar as técnicas aplicadas do marketing em combinação às novas tecnologias de monitoramento então incidentes junto à rede de computadores mundial.

²⁴ COMISSÃO EUROPEIA. *Consumer protection*. Disponível em: <http://www.ec.europa.eu/archives/commission_2004-2009/kuneva/yourrights_en.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

²⁵ CENTER OF DEMOCRACY AND TECHNOLOGY. *On line behavioral adverting: Industry's current self-regulatory framework is necessary, but still insufficient on its own to protect consumers*. Center for Democracy & Technology, Washington, 2009. Disponível em: <<http://www.worldcat.org/title/online-behavioral-advertising-industrys-current-self-regulatory-framework-is-necessary-but-still-insufficient-on-its-own-to-protect-consumers/oclc/567779300>>. Acesso em: 31 maio 2014.

O *e-consumidor*, por conseguinte, não é mais apenas o destino final de informações trabalhadas: constitui o próprio nascedouro dos dados informativos. Em outros dizeres, o fluxo de informações atuais revela-se na acentuada direção qualitativa e quantitativa de sentido consumidor-fornecedor, sem equilíbrio seu correspondente inverso.

Essa assimetria informacional tende a intensificar-se com a maior lapidação das técnicas informáticas de monitoramento dos dados e outros acessos, cada vez mais aberto para os demais meios do sistema de telecomunicações em interação progressiva.²⁶

Entretanto, a delação dessas novas técnicas é meramente exemplificativa. Comportam dois extremos ainda não citados: aquelas ainda não identificadas até as mais gritantes, como no caso dos produtos e suas promoções vinculadas a sítios fartos em atrações segmentadas, em que o real objeto de transação é o consumidor, a fonte de ganho do *site* e sua justificativa de remuneração indireta e/ou o reforço de marca.

Denunciadas essas condições, urge um novo direito positivado de (re)interpretação apropriada, de maneira que se possa fazer frente a essa manipulação virtual do consumidor, com destaque para a criança e para o adolescente, núcleo desta pesquisa a qual se passa a analisar na sequência em maior detalhamento.

2. A vulnerabilidade da criança e do adolescente frente às publicidades de massa

A publicidade infantil e do adolescente é tema corrente para diferentes áreas do conhecimento humano, mas ainda se trata de tema seletivo, não tendo alcançado uma gama maior de interessados, quanto mais a sociedade civil como um todo.

A proteção desses em situação de vulnerabilidade agravada parte da Constituição Federal e encontra igual discurso entre praticamente todas as pessoas quando provocadas. A efetividade do discurso, contudo, perde-se no caminho, e poucos, na realidade, vão atuar nesse sentido. Exemplo positivo e isolado recai nas pesquisas médicas recentes a apontar para a grande sujeição da criança em relação às publicidades, quando direcionadas explicitamente ou implicitamente para o mundo infantil.

Nesse ponto, cabe menção as pesquisas de Costa, renomado pesquisador da área médica, que discorre sobre a publicidade e o cérebro da criança. Na visão do pesquisador, a neurobiologia aponta para um

²⁶ DONEDA, op. cit., p. 61-62.

desenvolvimento mais acentuado da estrutura cerebral (volume e maturação cerebral) e notadamente a formação de novas sinapses (sinaptogênese) nos primeiros anos de vida. Por sua vez, “[...] a flexibilidade cognitiva, definição de metas e processamento de informações, experimenta um período crítico de desenvolvimento entre os 7 e 9 anos de idade, e estão relativamente organizados aos 12 anos de idade”.²⁷ Corresponde a dizer que a criança somente vai poder depurar uma publicidade com senso crítico somente a partir dos doze anos de idade.

Por outro ângulo, as pesquisas de Leon-Carrion, García-Orza e Pérez-Santamaría assinaladas por Costa apontam que,

[...] as crianças entre os 8 e 10 anos de idade sofrem maior interferência de estímulos externos, parecem mais guiadas por automatismos previamente estabelecidos e tem mais dificuldade em suprimir estímulos irrelevantes, tornando-as mais vulneráveis a erros e retardamento nas suas respostas. Conforme a idade aumenta, também ocorre aumento do controle inibitório, ocorrendo redução gradual da interferência até os 17 anos de idade.²⁸

Aspecto ressaltado pelos pesquisadores antes citados e a merecer espaço cada vez maior, reflete-se numa educação para o consumo destinada às crianças, para que estas passem a deter as condições de distinguir entre informação e publicidade de maneira reflexiva, pois a vulnerabilidade da criança merece proteção legal e ética.

Essas são as conclusões do Professor Costa, a alertar para o cuidado com as publicidades de massa elaboradas especificamente para crianças, em razão de que,

[...] o potencial desse processo pode influenciar o desenvolvimento do cérebro da criança [...], analisando a literatura disponível sobre publicidade e crianças, conclui que é pouco provável que crianças com idade inferior a 7 ou 8 anos, possam entender a finalidade da publicidade.²⁹

²⁷ COSTA, Jaderson Costa da. *A publicidade e o cérebro da criança*. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 19. Para demonstrar a extrema necessidade de atentar para este tema, o autor leciona que o relatório da Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission*) dos EUA, por solicitação do Congresso, realizou estudo sobre o *marketing* de alimentos e bebidas destinado às crianças e adolescentes, com dados significativos que alertam para os riscos potenciais da publicidade dirigida a este público específico. Para maiores informações sobre os resultados verificar o artigo do autor.

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁹ *Ibidem*, p. 22.

É Costa quem cita Morre e Morre, os quais também atentam também para,

[...] recentemente, Elizabeth S. Moore, no seu artigo “Children and the Changing World of Advertising”, alerta que na raiz do debate sobre a publicidade infantil está a questão da vulnerabilidade das crianças e as preocupações com as crianças pequenas, incluindo desde a sua incapacidade de resistir aos apelos de consumo ao temor, reconhecendo que elas não desenvolveram as habilidades de pensamento crítico podem aprender valores sociais indesejáveis, tal como o materialismo.³⁰

Outro aspecto a merecer destaque passa pela finalidade de acesso aos meios de comunicação pela criança e adolescente. Para Feilitzem, então Coordenadora Científica da Câmara Internacional da UNESCO para Crianças e a Violência na Tela, esse tipo de pesquisa é basicamente conduzida em países onde a mídia está difundida de maneira mais ampla e completa, “[...] ao passo que sabemos pouco sobre o acesso das crianças à mídia e o seu uso em outros países e regiões”.³¹ Ademais, dados estatísticos sobre a contribuição e a participação da criança brasileira nos meios de comunicação são raros.

Contudo, em uma “[...] pesquisa realizada em Porto Alegre, em 2007, com a participação de 424 famílias ficou demonstrado que a publicidade captura as crianças, especialmente aquelas com idade inferior a 12 anos”.³² Condição para Carmona a iniciar na década de 1970, com a criança brasileira como foco dos meios de comunicação, quer seja como consumidora, quer seja como contribuinte desse sistema.³³

³⁰ COSTA, op. cit. p. 30.

³¹ FEILITZEM, Cecília Von. *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília/DF: UNESCO, 2002. p. 20.

³² PASQUALOTTO, Adalberto. Apresentação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 11.

³³ Carmona explica dizendo que desenhos e seriados que vêm principalmente dos Estados Unidos dominavam e ainda dominam nossas telas. Sempre houve algum tipo de introdução local, com apresentadores ou palhaços, em regra cercados por crianças, anunciando as atrações de uma forma infantil, assim criando um falso senso de proximidade com os espectadores. Seja no palco, seja no apoio e como uma parte decorativa do cenário. Cantar, dançar e bater palmas em uma atmosfera excessivamente feliz, leve, mais irreal, constitui uma fórmula que apareceu desde o início e que continua sendo usada. Parece-me ser esse um modelo latino-americano, que pode ser encontrado na televisão da Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Venezuela, México e em outros países que importam do Brasil a lucrativa fórmula Xuxa, desenvolvida na década de 80 e em parte da década de 90. Uma variedade de atividades com as crianças, como corridas, jogos de perguntas e adivinhações, e outros jogos um tanto tolos, era inserida entre os desenhos importados. CARMONA, Beth. A participação da criança na televisão brasileira. In: FEILITZEM, Cecília Von; CARLSSON, Ulla (Org.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez. Brasília/DF: UNESCO, 2002. p. 331-335.

Ainda com Carmona, e sob o prisma “[...] econômico, já houve quem calculasse que as crianças exerciam doravante uma influência sobre 43% do consumo familiar”.³⁴ Para Kapferer, a influência da publicidade varia de acordo com a idade da criança e suas condições de recepção da mensagem. Outro fator que pode contribuir significativamente é o tipo do produto e grau de interesse da criança pelo próprio produto.

Kapferer leciona que:

[...] os efeitos da publicidade dependem daquilo que a criança faz com a mensagem, mas aquilo que a criança faz depende daquilo que ela pode fazer e daquilo que ela deseja fazer. Abaixo de certa idade, a criança está limitada naquilo que da mensagem pode fazer (por exemplo, interpretar por detrás das aparências, não reter aquilo que à primeira vista se apresenta). Com idade e a ajuda cultural do meio familiar, a criança adquire as suas capacidades, nada garantido, porém que ela as ponha em prática relativamente a todos os tipos de mensagem.³⁵

Conforme o mesmo autor, a publicidade provoca nas crianças dois tipos de comportamento: comportamento emocional e mental. A reação emocional é sempre “[...] uma reação de prazer criada pela forma dos anúncios (humor, gags, ritmo, música, personagens); já à análise mental da informação publicitária seleciona, filtra, analisa o conteúdo visual ou verbal da mensagem”.³⁶ A reação, contudo, dependerá do comercial vinculado e do potencial de persuasão da criança.

Ademais, já é sabido quanto “[...] a inegável sedução que a publicidade exerce nos filhos e com os pedidos de compra por estes expressos, aliás, os pais têm as suas convicções acerca da força da publicidade”.³⁷ A publicidade excita os seus desejos, seduz os ingênuos, cria-lhes necessidades de consumo, torna-os culpáveis.³⁸

Na visão de Arnaldo:

[...] às vezes parece-nos que há oposição entre mídia e educação para as crianças; que a mídia não é o meio apropriado para educar, que ele não desempenha nenhum papel para a educação da criança [...] o que muitos não entendem é que as crianças nas sociedades

³⁴ CARMONA, op. cit., p. 226.

³⁵ KAPFERER, op. cit., p. 08.

³⁶ Idem. Ibidem, p. 06.

³⁷ Idem, p. 06.

³⁸ TOSCANI, Oliviero. *A publicidade é um cadáver que nos sorri*. Tradução Luiz Cavalcanti de M. Guerra. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 29.

com televisão de todo o mundo, incluindo as capitais dos países em desenvolvimento, passam mais tempo diariamente na frente da TV do que fazendo lição de casa, lendo ou executando qualquer outra atividade diária. Em alguns casos extremos, elas passam mais tempo na frente da televisão do que na escola.³⁹

Situação complementada por Lipovetsky:

De um lado, as maneiras de consumir são cada vez mais marcadas pelas diferenças de idade; de outro, não há mais nenhuma categoria de idade - ainda que seja a primeira infância - que não participe plenamente da ordem de consumo [...] as escolhas e decisões de compra permanecem ressalvadas essencialmente aos pais, de acordo com a cultura tradicional baseada na autoridade soberana dos pais e na obediência incondicional dos filhos. Foi apenas com os anos 1950-60 que os jovens adolescentes, por meio da prática do dinheiro para pequenas despesas, das publicidades e produtos culturais que lhes eram destinados, começavam a emergir como consumidores "autônomos" e alvo comercial específico.⁴⁰

Nesse sentido, diante da globalização e das facilidades de comunicação, pensar uma publicidade adequada ao público infantil constitui um dos grandes desafios civilizacionais da atualidade.⁴¹ Comprometidos com essa missão, a Primeira Conferência Mundial sobre Televisão e Crianças, realizada em Melbourne na Austrália em 1958, lançou a Carta sobre a Televisão Infantil a discorrer sobre o direito das crianças no acesso a programas de ótima qualidade, feitos especialmente para elas, com o intuito de evitar a exploração.

Programas que, além de entreter, devem contribuir ativamente no sentido educativo, para que as crianças possam vir a desenvolver física, mental e socialmente até seu potencial máximo como seres humanos, já que "[...] é impossível esboçar um passo, ligar o rádio, abrir uma correspondência, ler o jornal, sem dar de cara com a mamãe publicidade. Ela está por toda parte. É o irmãozão, sempre sorridente!"⁴²

No Brasil, grande parte dos meios de comunicação é de ordem privada, a visar o lucro financeiro, o que nem sempre combina com uma programação própria de um aprendizado cultural para a criança e para o

³⁹ ARNALDO, Carlos A. Meios de comunicação: a favor ou contra educação? In: FEILITZEM, Cecilia Von, CARLSSON, Ulla (Org.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília/DF: UNESCO, 2002. p. 439-449.

⁴⁰ LIPOVETSKI, op. cit., p. 119.

⁴¹ FEILITZEM, op. cit., p. 463.

⁴² TOSCANI, op. cit., p. 22.

adolescente.⁴³ A ordem jurídica nacional deve exercer função fiscalizadora para a efetiva regulação jurídica das publicidades de massa, envolvendo a criança e o adolescente brasileiro, seguida da sua aplicação real.

3. As regulações jurídicas brasileiras para às publicidades de massa

A publicidade, na sua função de motor dos agentes econômicos, encontra suas primeiras bases de previsão constitucional em dois princípios informadores da ordem econômica. Nas palavras de Dias correspondem a “[...] livre iniciativa e a livre-concorrência”, então presentes no *caput* e inciso IV, respectivamente, do art. 170 da Carta Política de 1988.⁴⁴ Além do mais, há de se reconhecer a carga informativa - muito embora cada vez menos presente - inerente à sua função, sem prejuízo de outras características como a intelectual, a artística e a de comunicação.⁴⁵

Até porque, a publicidade é frequentemente invocada por meio do princípio constitucional da liberdade de expressão, visto que, em certa medida, a publicidade é tida como expressões de arte. Logo, as publicidades de massa, ainda que muitas delas estejam carregadas de duplo sentido comercial, são entendidas como manifestações criativas do intelecto humano,⁴⁶ pois manifestam a criação de uma propaganda comercial.

No entanto, necessário ressaltarmos que,

[...] não existe no país uma legislação que claramente defina o que se deve entender por publicidade dirigida a crianças, nem é pacífico a interpretação de que a normativa atualmente em vigor já reprima o direcionamento de comunicação mercadológica aos pequenos.

⁴³ CARMONA, op. cit., p. 331-335. Para a Autora desde o início, o governo optou pelo caminho do setor privado com relação às empresas de comunicação, mas também se incluía a presença do Estado, que apenas implantava um sistema extremamente desigual de rádio e televisão nos diferentes Estados da Federação.

⁴⁴ Idem. Dias, com muita propriedade, traz comentários a respeito da publicidade e sua função como ferramenta comercial dos agentes econômicos para o desenvolvimento de suas atividades e ganhos de mercado, a publicidade alcança proteção constitucional por força dos princípios informadores de ordem econômica, previstos no art. 170, quais sejam, a livre iniciativa e a livre-concorrência (*caput* e inciso IV, respectivamente), dispondo ainda no seu parágrafo único “ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. No caso específico da livre iniciativa, mais do que um princípio, foi elevada, pela CF/1988, a também fundamento da ordem econômica (art. 171) e da própria República al lado da valorização do trabalho (art. 1º, IV), seno certo, por conseguinte, que a proteção constitucional da publicidade a partir destas constitucionais dialoga com os pilares básicos da nossa ordem jurídico-social. DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

⁴⁵ Ibidem, p. 36.

⁴⁶ Ibidem, p. 35.

Tendo isso em vista e considerando a situação de extrema vulnerabilidade das crianças diante da comunicação comercial, os debates têm se polarizado na sociedade brasileira, com o setor regulado advogando pela eficácia e suficiência da autorregulamentação e entidades da sociedade civil, de defesa dos direitos de criança e adolescentes, dos consumidores [...]. Paralelamente, nota-se uma gama de ações judiciais sendo propostas perante o Poder Judiciário que questionam formas de marketing infantil como prática comercial abusiva. (Grifo nosso).⁴⁷

Note-se, todavia, que a proteção da criança e do adolescente recebe atenção especial na Lei Maior, ao dispor em seu art. 227 que a família, a sociedade e o Estado deverão conferir absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente. Todos os atores sociais arrolados - a família, a sociedade e o Estado,⁴⁸ - possuem o dever de assegurar e fazer cumprir direitos constitucionais da criança e do adolescente frente às publicidades abusivas ou qualquer outro tipo de abuso de direito voltado para os pequenos.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 37, § 2º, proibiu a chamada publicidade abusiva, assim entendida como a que viola o dever ético, de boa-fé, entre outras, a que busca a deficiência de julgamento da criança.⁴⁹

Por outro lado, em um âmbito mais abrangente, e tratando-se de “consumidor de modo geral”, bem andou o entendimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao adotar uma preocupação com o consumidor frente aos meios de comunicação de massa. Para Dias o princípio da veracidade é um dos princípios de maior ênfase no combate da atividade publicitária irregular e pode ser facilmente identificado em praticamente todos os ordenamentos de defesa do consumidor no mundo.

No Brasil, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cuidou de assegurar em diversos de seus dispositivos o dever da veracidade nas mensagens publicitárias, em especial ao também reprimir a publicidade enganosa, ainda que por omissão (arts. 6º, III e IV, 31 e 37, §§ 1º e 3º).

[...]

A preocupação com o dever de informar corretamente o consumidor está clara no Código de Defesa do Consumidor. Encontramos referência ao princípio da veracidade já em seu art. 6º, que versa sobre os direitos básicos do consumidor, [...]

⁴⁷ HENRIQUES, Isabela. *Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

⁴⁸ Idem. p. 25.

⁴⁹ Idem. Ibidem.

Esse princípio pode ser igualmente identificado no art. 31 do CDC que exige que a oferta e apresentação de produtos ou serviços assegurem informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre suas características, e também sobre os riscos que apresentam.⁵⁰

Assim, merece ênfase o art. 6º, inciso III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor quando dá ênfase aos direitos básicos do consumidor, discorrendo, dentre outros, sobre “[...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, bem como da “[...] proteção contra publicidade enganosa e abusiva” também prevista no art. 6º, inciso IV.

Ainda, o art. 31 do CDC determina que a oferta do produto deva ser clara, precisa, e ostensiva sobre suas características. Portanto, qualquer publicidade de massa com falsas informações poderá levar o consumidor a erro e daí a reparação e/ou indenização.⁵¹ Entretanto, essas disposições não são especificamente destinadas à publicidade exclusiva à criança e ao adolescente, e há muito a matéria cada vez mais especialíssima passou a exigir novos comandos legais exclusivos.

Algo nesse sentido surgiu recentemente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, precisamente a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014, a tratar da publicidade e comunicação mercadológica abusiva quando direcionada a esse público especial.

O documento legal em seu ponto alto traz conceitos, enquadramentos legais desses conceitos, abrangência e princípios pertinentes à problemática, mas apresenta um grave problema: sua hierarquia normativa. Trata-se de apenas uma resolução e não goza do *status* de lei.

O ganho, no entanto, é inegável, mas a Resolução em tela precisa servir de catalisador para algo maior, a resultar numa positivação protetiva à criança e ao adolescente combinada a um controle estatal efetivo. Os tempos correntes exigem novas medidas, e estas passam pela maior intervenção estatal.

Conclusão

Urge atentar-se para a necessidade de publicidade de massa condizentes aos valores éticos e morais, quer seja por meio de rádio, televisão ou meios digitais. Latente a busca real da função social da comunicação,

⁵⁰ DIAS, op. cit., p. 69-71.

⁵¹ Idem.

de modo a contribuir para a sociedade civil. Por óbvio que não se almeja impedir ou restringir a informação presente às publicidades, mas limitar a inserção e onipresença daquelas meramente persuasivas e direcionadas contra as crianças e adolescentes desprovidos dos critérios apropriados para seleção e reflexão.

A publicidade nesse campo prescinde de uma depuração em direção a uma melhor qualidade e, por vezes, proibição em certas práticas abusivas a merecer vedação legal. É fundamental a criação de programas que possam vir a contribuir para a boa formação da criança e do adolescente, a prestar um serviço às suas potencialidades, sem apelo as técnicas duvidosas de chamariz e mera persuasão.

É inegável a necessidade do fluxo contínuo do processo produtivo de consumo, sistema em que a publicidade exerce papel fundamental. Porém, isso não impede a intervenção estatal no âmbito legislativo para a criação e previsão de limitações ao apelo comercial desmesurado, muito além de resoluções. Na sequência, e não menos importante, a matéria carece de setor especializado do Estado para fiscalização e efetivação de políticas públicas próprias para a área.

Tanto a publicidade, como a criança e o adolescente gozam de proteção constitucional, mas ambos devem ser pautados por políticas públicas que os conciliem na medida do possível. Nas hipóteses de inevitáveis choques, impreterível fazer reconhecer e prevalecer o bem maior: nossas gerações futuras, em soluções regidas por valores éticos e condizentes com os fundamentos, missões e princípios constitucionais mais caros.

Esse constitui um grande desafio para a sociedade civil brasileira, porém em caráter imediato por força da crescente presença das novas tecnologias comunicativas de amplo acesso ao cidadão, bem como as demais pessoas indistintamente às suas condições de crianças ou adolescentes. Proteger os hipervulneráveis nesse quadro gravoso é uma exigência dos tempos correntes por meio de políticas públicas.

Referências

ARNALDO, Carlos A. Meios de comunicação: a favor ou contra educação? In: FEILITZEM, Cecilia Von; CARLSSON, Ulla (Org.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília/DF: UNESCO, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Elaboração Danilo Doneda. Brasília/DF: SDE/DPDC, 2010.

BODYCOMB, David et al. *O mundo da ciência e da tecnologia*. Tradução Claudio de Biasi, Marília de Biasi e Ronaldo de Biasi. Rio de Janeiro: Reader's Digest, 2005.

CANCLINI, García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. Tradução Heloisa Pezza Cintrão, Ana Regina Lessa. Tradução da introdução de Gênese Andrade. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

CARMONA, Beth. A participação da criança na televisão brasileira. In: FEILITZEM, Cecília Von; CARLSSON, Ulla (Org.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez. Brasília/DF: UNESCO, 2002.

COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. In: BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília/DF: SDE/DPDC, 2010.

ESKILSON, Stephen J. *Graphic design: a new history*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2007.

FEILITZEM, Cecília Von. *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília/DF: UNESCO, 2002.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

GLEICK, James. *A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada*. Tradução Augusto Calil. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Biblioteca de direito do consumidor; v. 16).

HENRIQUES, ISABELA. *Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HORN, Luiz F. Mercado de consumo: da mercantilização à sociedade de mercado de massa globalizado. In: PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. *Relações de consumo: globalização*. Caxias do Sul: EducS, 2010.

KAPFERER, Jean Noel. *A criança e a publicidade*. 1. ed. Cidade do Porto, Portugal: Rés-Editora, s/d.

KEIM, Gracy. *Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais*. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Apresentação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria B. M. (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. (Org.). *Relações de consumo: globalização*. Caxias do Sul: Educs, 2010.
- PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- RATTO, Cleber Gibbon. *Compulsão à comunicação: ética, educação e autorreferência*. Curitiba: Appris, 2012.
- SAMARA, Beatriz Santos; MORSCH, Marco Aurélio. *Comportamento do consumidor: conceitos e casos*. São Paulo: Prentice Hall, 2005.
- TOSCANI, Oliviero. *A publicidade é um cadáver que nos sorri*. Tradução Luiz Cavalcanti de M. Guerra. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

Referências eletrônicas

- CENTER OF DEMOCRACY AND TECHNOLOGY. *On line behavioral adverting: Industry's current self-regulatory framework is necessary, but still insufficient on its own to protect consumers*. Center for Democracy & Technology, Washington, 2009. Disponível em: <<http://www.worldcat.org/title/online-behavioral-advertising-industrys-current-self-regulatory-framework-is-necessary-but-still-insufficient-on-its-own-to-protect-consumers/oclc/567779300>>. Acesso em: 31 maio 2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Consumer Protection*. Disponível em: <http://www.ec.europa.eu/archives/commission_2004-2009/kuneva/yourrights_en.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.
- FEDERAL TRADE COMISSION. *On line behavioral advertising moving the discussion forward to possible self-regulatory principles*. FTC Staff Report. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/12/P859900stmt.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2014.
- PRESIDÊNCIA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.
- PRESIDÊNCIA DO BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONSUMO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA

ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO*

Introducción

El crecimiento económico, basado fundamentalmente en sistemas económicos capitalistas, y el desarrollo de nuevas tecnologías han generado una nebulosa de aparente confort a una parte de nuestras sociedades, lo que ha llevado a una demanda cada vez mayor de productos y servicios y, a su vez, a una demanda creciente de energía y recursos.

Para vivir de una manera sostenible, debemos usar los recursos naturales de forma que se garantice su renovación, de acuerdo a los ciclos naturales. Sin embargo, la sociedad orientada al consumo impone una presión enorme a nuestro planeta.

Y como decimos, es aparente porque no todos, o casi ninguno a la luz de las crisis endémicas que el capitalismo soporta, disfrutan de ese confort, y aun disfrutándolo son ignorantes de los impactos ambientales, sociales y económicas que su bienestar genera en otras partes del planeta, y que condena a otros, la gran parte, no sólo a no tener confort, sino a luchar diariamente por la simple supervivencia biológica.

Nuestros modelos de producción y consumo contribuyen a muchos de los problemas actuales del medio ambiente, como el calentamiento global, la contaminación, el agotamiento de los recursos naturales y la pérdida de biodiversidad.

Como expresiva y reiteradamente indican numerosos informes, los hogares, los electrodomésticos, los alimentos y los viajes son responsables, en conjunto, del 70% al 80% del impacto medioambiental, desde la contaminación y la emisión de gases de efecto invernadero, hasta el uso del suelo y los residuos.

* Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Profesor V. Pós-Graduação en Ciencia Jurídica. Mestrado e Doutorado. UNIVALI. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Director del Seminario Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA).

En la hora presente, ante estos premios, se impone cambiar nuestro modo de producir y consumir. Hay que producir más y mejor utilizando menos materias primas, reducir los costes y minimizar los impactos ambientales de todas nuestras actividades.

La opción, cuando no la obligación, de métodos de producción más eficientes y mejores sistemas de gestión ambiental puede reducir considerablemente la contaminación y los residuos y ahorrar agua y otros recursos.

Las industrias también se benefician extraordinariamente, ya que puede disminuir los costes de explotación y reducir la dependencia de las materias primas. Además del reconocimiento de los consumidores por su respeto al medio ambiente, lo que se ha demostrado aumenta el consumo de sus productos. La responsabilidad socioambiental de las empresas vende.

Pero para todo estos beneficios, es indispensable en el inicio y en el final de la cadena de producción, distribución y consumo de nuestro compromiso individual y colectivo como ciudadanos que consumen. Sabemos que el consumo es una cuestión compleja, que agrupa numerosos factores de precio, calidad, disponibilidad, implantación, área geográfica, etc., pero todo ello puede verificarse a través de un consumo responsable y solidario, dentro y fuera de nuestras fronteras.

El consumo y la producción sostenibles consisten en hacer un uso más eficiente de los recursos naturales y de la energía, además de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y otras consecuencias medioambientales. Se trata de producir y utilizar los productos y servicios de una forma menos nociva para el medio ambiente. El objetivo es atender nuestras necesidades básicas de bienes y servicios, mejorando al mismo tiempo nuestra calidad de vida y garantizando a las futuras generaciones la disponibilidad de unos recursos suficientes.

El consumo sostenible concierne a nuestro estilo de vida, nuestros hábitos de compra y nuestra manera de usar y desechar productos y servicios. Se resuelve en definitiva, en una cuestión de solidaridad y compromiso cívico. La producción sostenible se centra en la reducción del impacto medioambiental de los procesos de producción y en el diseño de productos mejores.

El uso eficiente de los recursos y de la energía constituye la base de la futura competitividad europea. El consumo y la producción sostenibles potencian al máximo la capacidad de las empresas para transformar los retos medioambientales en oportunidades económicas, además de ofrecer mejores condiciones a los consumidores.

No se trata, como indican algunos malintencionados o ignorantes, de prohibir o limitar ninguna actividad económica o industrial lícita. Se trata de llevar a los quehaceres diarios la aspiración noble del desarrollo sostenible, de un futuro mejor para todos, de una inclusión social, de un respeto al medio ambiente, que comience desde nuestras opciones personales de consumo, convirtiéndonos, con nuestras decisiones, en héroes cotidianos en la defensa del planeta.

1. Políticas públicas de consumo sostenible

Como venimos indicando, la consideración del medio ambiente, en su conexión con la calidad de vida, supone la vinculación de los poderes públicos y de los particulares en la defensa de los valores medioambientales.

Siguiendo lo señalado por Pérez Luño, son tres las funciones asignadas a los poderes públicos:

1. Función preventiva. Los poderes públicos deben velar por una utilización racional de los recursos naturales, con el objetivo de proteger la calidad de vida.

2. Función restauradora. Los poderes públicos no sólo deben tutelar el medio ambiente, sino que debe extenderse a la reparación de los posibles daños y agresiones.

3. Función promocional. Los poderes públicos deben contribuir a la mejora del medio ambiente, incorporando políticas activas de mejora y recuperación ambiental.¹

Ahora bien, la cuestión está en determinar cuáles son los mecanismos para que esas funciones se cumplan de manera efectiva, y no suceda, como acaece con demasiada frecuencia, que queda en mera retórica o simple declaración de intenciones políticas sin traslado a los ciudadanos.

El Objetivo Séptimo del Desarrollo del Milenio, *Garantizar la sostenibilidad ambiental*, establece entre sus metas *incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales e invertir la pérdida de recursos ambientales*.²

¹ PEREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

² <<http://www.undp.org/spanish/mdg>>. La Declaración del Milenio fue aprobada en la Cumbre del Milenio, celebrada del 6 al 8 de septiembre de 2000 en Nueva York, con la participación de 191 países (siendo 189 Estados Miembros en ese entonces), incluyendo a 147 jefes de Estado y de gobierno. Los objetivos acordados en esta Cumbre se conocen ahora como los Objetivos de Desarrollo del Milenio (los ODM) y proporcionan un marco para que todo el sistema de la ONU trabaje coherentemente y en conjunto hacia un fin común. El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo ayudará a asegurar que los ODM permanezcan al centro de estos esfuerzos.

Como indicamos al principio de nuestra reflexión, el nuevo paradigma del desarrollo sostenible, incorpora no sólo la defensa de los valores ambientales, sino que uno de los elementos claves e imprescindibles para su consecución es el desarrollo de los individuos y las sociedades en las que se integra. Es por ello que las políticas públicas tienen que partir de la premisa de que muchos problemas ambientales tienen su foco en la pobreza.

La reducción de la pobreza puede devenir un elemento de primer orden para luchar contra la degradación ambiental, pues no olvidemos que ésta muestra su rostro más dramático con los pobres.

Es por ello, que se requiere de políticas que hagan hincapié en la complementariedad entre el desarrollo sostenible y la gestión ambiental. Garantizar la sostenibilidad ambiental permitirá, cumplir con el resto de Objetivos de Desarrollo del Milenio.³

Ahora bien, las actuaciones políticas deben tener presentes los diferentes entornos naturales, las variadas y difusas causas de la degradación ambiental así como los estrechos lazos entre pobreza y medio ambiente.

Como indicamos anteriormente, las pautas de consumo responden a diversos criterios, pero qué duda cabe que el precio y la disponibilidad económica determinan fuertemente las pautas de consumo. Pero en numerosas ocasiones, todos pensamos que como el dinero es nuestro consumimos lo que queremos, sin considerar el impacto de nuestras acciones y decisiones. Desconocemos, o simplemente obviamos, que muchos productos y servicios están basados sobre la explotación, e incluso esclavitud, de otros seres humanos.⁴ Además, creemos ser libres en el consumo,

Los objetivos de desarrollo del milenio son 8: 1) la erradicación del hambre y la pobreza, 2) la educación primaria universal, 3) la igualdad de género, 4) reducir la mortalidad infantil, 5) mejorar la salud materna, 6) la detención del avance del VIH/SIDA, paludismo y tuberculosis, 7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y 8) fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

³ "La adopción de los objetivos de desarrollo del Milenio, extraídos de la Declaración del Milenio, fue un acontecimiento fundamental en la historia de las Naciones Unidas. Constituyó una promesa sin precedentes de los dirigentes mundiales de abordar, de una sola vez, la paz, la seguridad, el desarrollo, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Como dije en mi informe de marzo de 2005, titulado "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", que complementa el presente informe: "no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo y no tendremos ninguna de las dos cosas si no se respetan los derechos humanos. A menos que se promuevan todas esas causas, ninguna de ellas podrá triunfar". Los ocho objetivos de desarrollo del Milenio van desde reducir a la mitad la pobreza extrema hasta detener la propagación del VIH/SIDA y lograr la educación primaria universal, todo ello, a más tardar en 2015" Kofi A Annan, en *Objetivos del desarrollo del Milenio. Informe 2005*, ONU. Disponible en: <http://millenniumindicators.un.org/unsd/mi/pdf/MDG%20BOOK_SP_new.pdf>.

⁴ Disponible en: <<http://hdr.undp.org/reports/global/2003/espanol/>>.

y somos esclavos de modas, impuestas por otros ajenos a nosotros, y a nuestras reales necesidades cotidianas, e incluso a nuestros propios gustos. El consumo ha devenido un campo de batalla, entre intereses económicos y exigencias sociales, que debe decantarse hacia éstas últimas para una buena higiene social y una adecuada conciencia individual y colectiva de quienes somos, donde estamos y hacia donde queremos llegar.

Es preciso, para una correcta implementación de políticas públicas en la materia, el reforzamiento de las instituciones y de la gobernabilidad. Una parte importante de los problemas tienen su razón de ser en fallos institucionales y en la debilidad de los gobiernos, la falta de información a los ciudadanos, en materia de consumo y sus implicaciones socioambientales.

Ello viene motivado en gran parte por la adopción de medidas políticas al margen, cuando no en contra, de las comunidades y ciudadanos a las que van dirigidas. Es por ello que debe incrementarse la participación ciudadana y la descentralización, pero con el horizonte de crear capacidad de gestión de los recursos y de intervenir en la planificación y elaboración de las políticas.

Igualmente, en aquellos supuestos, en los que el desarrollo de instituciones formalizadas pueda ser dificultoso para los Estados, debe poder recurrirse a mecanismos informales de regulación, basados en la intervención de las comunidades afectadas, y en su posibilidad de solicitar responsabilidades por la gestión. Especialmente a las empresas que “colocan” productos en el mercado, elaborados desde la explotación de mano de obra, daños ambientales, o simplemente engaños a los consumidores sobre las pretendidas propiedades de los productos, que generalmente son auténticos fraudes que deben ser perseguidos con contundencia.

La mejora de la legislación y de su cumplimiento, no debe entenderse como una desregulación, sino como una mejora de las políticas y sus objetivos en beneficio de todos los interesados. Además supondrá que las políticas en los diferentes ámbitos se complementen y sean coherentes entre sí y determinen las aportaciones mutuas.⁵

La mayor parte de las políticas afectan al medio ambiente, pero en numerosas ocasiones no se tiene en cuenta en la adopción de decisiones. En materia de consumo todavía existe una falla muy importante entre la

⁵ DOCUMENTO DE TRABAJO DE LA COMISIÓN. La mejora de la legislación y las estrategias temáticas en el ámbito del medio ambiente, COM (2005) 466 final/SEC (2005) 1197, Bruselas, 28.09.2005.

realidad de los procesos de producción y consumo, y la percepción que los ciudadanos, consumidores y organismos de toda índole, tienen de los mismos. La separación entre beneficios privados y públicos de la actividad económica debe superarse

Los objetivos medioambientales deben tenerse en cuenta desde las primeras fases del proceso de elaboración de todas las políticas, de la agrícola a la económica. Para cumplir este objetivo de manera satisfactoria, es preciso conocer mejor el origen de los problemas ecológicos y cómo interactúan entre sí, y disponer de una sólida base científica. Es necesario, además, medir los progresos realizados. La aplicación de metas e indicadores va a ayudarnos a nosotros y a los ciudadanos a evaluar los resultados conseguidos. Nos permitirá, asimismo, saber enseguida si nuestras políticas están siendo suficientemente eficaces.⁶

Otro elemento relevante vendrá constituido por la inclusión de los costos ambientales en los precios de mercado de los productos y servicios ofertados a los ciudadanos. Especialmente interesante es lo señalado por la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea,⁷ cuando señala que “el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos asociados a los daños o a los efectos adversos sobre el medio acuático, deben tenerse en cuenta, en particular, en virtud del principio de que quien contamina paga”.

Cuestión a considerar también sería la relativa a la consideración de los impactos de las actividades económicas en los ecosistemas naturales, discriminando entre aquellas actividades sostenibles, y aquellas que suponen la merma de nuestros recursos. Se trata, pues, de crear una “contabilidad ambiental” que permita justipreciar adecuadamente los costes de los proceso económicos y permita planificar y dar más relevancia a los atentados ambientales. Obligación que debe extenderse a las propias administraciones públicas. El objetivo es introducir criterios “verdes” en la contratación pública asumiendo la responsabilidad de reducir al mínimo los impactos ambientales en la compra de bienes y servicios y presentar una

⁶ Medio ambiente 2010: El futuro está en nuestras manos. Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001.

⁷ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DOCE L 327. 22.12.2000.

demanda de éstos que pueda ser detectada por los productores y proveedores de la administración, a fin de que encuentren interesante producir y distribuir nuevas alternativas sostenibles a los productos y servicios tradicionales.⁸ La elaboración de manuales para ayudar a integrar criterios ambientales en los procedimientos de compras públicas constituye una iniciativa exitosa, que podría incorporarse a otras legislaciones.⁹

Desde el punto de vista de los productores, cobra carta de naturaleza la apuesta por un modelo de responsabilidad social corporativa social y ambiental, que permita la puesta en marcha de políticas consensuadas entre la administración y la industria, con el común objetivo de garantizar la defensa de nuestros valores ambientales, garantizando a la vez el desarrollo económico y social de los pueblos.¹⁰

Ahora bien, la globalización de los mercados, del sistema económico capitalista y del consumo no se detiene en las fronteras, no conociendo ni de legislaciones ni de jurisdicciones. Los daños ambientales y el impacto sobre las poblaciones deben ser conocidos y debidamente justipreciados, por los consumidores para decidir en sus opciones de compra, más allá de exotismos, modas o imposiciones de los propios mercados que ocultan las miserias detrás de la producción de numerosos productos vendidos a precios irrisorios en los mercados internacionales. La cooperación internacional se revela imprescindible para luchar contra esta lacra. Los Estados deben cooperar trabajar en común, pues las acciones de unos perjudican y/o benefician a los otros.

Debe mejorarse la cooperación internacional, estableciendo metas y objetivos adecuados a las necesidades sociales y ambientales reales, al margen de estrategias de poder o de zonas de influencia.

Los temas relacionados con el consumo sostenible deberían abordarse en los diálogos periódicos con los terceros países, para definir una percepción común de las prioridades socioambientales que conviene aplicar. Con los países industrializados, los temas abordados deberían ser los

⁸ "Compras verdes en la contratación pública. Dar ejemplo: ¡Esa es la clave!", en *Ambienta*. Revista del Ministerio de Medio Ambiente, n. 52, febrero 2006. p. 13.

⁹ COMISION EUROPEA. *¡Compras Ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2005. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf>.

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas. COM (2006) 136 final. Bruselas. 22.03.2006.

que son objeto de convenios internacionales o de protocolos, o los que se debaten en los foros multilaterales. Con los países en desarrollo, las preocupaciones socioambientales ligadas al consumo deberían integrarse en los instrumentos y programas de cooperación.

Las negociaciones y las relaciones comerciales también deberán tener en cuenta las preocupaciones ambientales y de consumo deberán aclararse las relaciones entre el sistema comercial internacional y los acuerdos sobre medio ambiente. Deberá fomentarse la responsabilidad social de las empresas a escala internacional, así como la asistencia técnica, las transferencias de tecnologías limpias y la realización de estudios de impacto.

Deberá mejorarse el marco institucional internacional, especialmente mediante la integración sistemática de los temas de índole ambiental en las preocupaciones de los foros internacionales. Además, debe garantizarse una mayor coherencia entre los debates bilaterales y multilaterales, así como entre las distintas organizaciones internacionales.¹¹

2. Iniciativas de la unión europea en materia de consumo sostenible

La huella ecológica europea es una de las mayores del mundo. Si en el resto de los continentes se viviera como en Europa, se necesitarían los recursos de más de dos planetas como el nuestro para soportarlo. Los ciudadanos de la UE constituyen menos del 10 % de la población mundial, pese a lo cual consumen el 50 % de la producción de carne, el 25 % de papel y el 15 % de energía.

El consumo de los ciudadanos europeos también tiene efectos a nivel global: la Unión Europea (UE) depende de las importaciones de energía y los recursos naturales, y una proporción cada vez mayor de los productos que consumimos en Europa se producen en otras regiones del mundo, de modo no siempre sostenible, ni social, ni ambientalmente.

Para ello, hemos de cambiar nuestra forma de diseñar, fabricar, usar y desechar los productos. A este cambio hemos de contribuir todos: las personas, las familias, las empresas, las administraciones locales y nacionales y la comunidad internacional.

El diseño ecológico y la ecoinnovación pueden mitigar el impacto ambiental de la fabricación de productos, además de contribuir a mejorar el

¹¹ Disponible en: <<http://europa.eu/scadplus/leg/es/vb/l28166.htm>>.

comportamiento medioambiental general de los productos durante todo su ciclo de vida e impulsar la demanda de mejores tecnologías de producción.

La alimentación, la construcción y el transporte son los sectores que más impacto tienen en el medio ambiente y es ahí donde son más necesarios los cambios. Con la mejora de la construcción y la utilización de edificios en la UE, por ejemplo, se podría reducir un 42% nuestro consumo energético final, hasta un 30% el consumo de agua y cerca del 35% de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Es por ello, que desde hace varias décadas, y fiel a su compromiso con la sostenibilidad ambiental y el ejercicio pleno de la ciudadanía, la Unión Europea ha implementado una serie de medidas para, avanzando en el desarrollo económico y social, preservar nuestro medio ambiente y garantizar la correcta información de los ciudadanos a la hora de optar por unos u otros productos.

La Unión Europea de los Veintiocho tiene ya más quinientos millones de consumidores potenciales. Los Estados miembros han ido adoptando progresivamente medidas dirigidas a defender los intereses específicos de esos consumidores, cuyo papel económico y político en la sociedad es primordial. A partir de mediados de los años setenta, la Unión Europea comenzó a armonizar esas medidas nacionales, con objeto de garantizar a los europeos un mismo nivel de protección elevado en el mercado único.

La política europea de los consumidores persigue los mismos objetivos de protección de los intereses, la salud y la seguridad de los consumidores, que están enunciados en el Artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta política promueve el derecho de los consumidores a la información y a la educación, así como a organizarse para defender sus intereses.¹²

¹² Artículo 169 TFUE.

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:
a. medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;
b. medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.

Siguiendo lo establecido por las propias instituciones comunitarias,¹³ indicamos las principales líneas de actividades de la Unión Europea en la materia.

a) Plan de acción sobre consumo y producción sostenibles

En julio de 2008, la Comisión presentó una serie de acciones y propuestas en materia de consumo y producción sostenibles y de una política industrial sostenible¹⁴ con vistas a mejorar el rendimiento medioambiental de los productos a lo largo de su ciclo de vida, concienciar a los consumidores y potenciar la demanda de productos y tecnologías de producción sostenibles, promover la innovación en la industria de la Unión y abordar los aspectos de dimensión internacional. Dichas propuestas desarrollan y complementan políticas de la Unión ya existentes, tales como la Política de Productos Integrada (PPI),¹⁵ que fue la primera en introducir oficialmente el concepto del ciclo de vida en las políticas europeas. Este concepto tiene por objetivo detectar posibles ámbitos de mejora en bienes y servicios de manera que se reduzcan el impacto medioambiental y el uso de recursos en todas las etapas del ciclo de vida de un producto o servicio (materias primas / cadenas de suministro/uso de los productos/final de la vida: los efectos de la eliminación de los productos y las posibilidades de reutilización o reciclado). El Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles condujo a iniciativas en los siguientes ámbitos: ampliación de la Directiva sobre diseño ecológico, revisión del Reglamento relativo a la etiqueta ecológica, revisión del Reglamento EMAS, legislación en materia de contratación pública ecológica, Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos, y el Plan de Acción sobre Ecoinnovación

Estos instrumentos forman parte integral de la nueva estrategia de desarrollo sostenible de la Unión,¹⁶ cuya revisión de 2009 reforzó el

¹³ Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?fuld=F-TU_5.4.8.html>.

¹⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, relativa al Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible, COM (2008) 397, Bruselas. 16.07.2008.

¹⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO. Política de Productos Integrada. Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental. COM (2003) 302. Bruselas. 18.06.2003.

¹⁶ Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible. Plataforma de acción. COM (2005) 658. Bruselas. 13.12.2005 y Estrategia revisada de la UE para un desarrollo sostenible (EDS UE). Consejo de la Unión Europea, 10.11/2006. Bruselas, 9 de junio de 2006.

compromiso a largo plazo de la Unión de superar los retos del desarrollo sostenible, reconociendo la importancia de reforzar la cooperación con los socios de fuera de la UE, por ejemplo a través del Proceso de Marrakech de las Naciones Unidas.

b) Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos y economía circular

A raíz de la iniciativa emblemática de la Estrategia Europa 2020 sobre el uso eficaz de los recursos,¹⁷ que hace un llamamiento en pos de una estrategia que defina los objetivos a medio y largo plazo en materia de eficiencia en el uso de los recursos, así como los medios para alcanzar dichos objetivos, se lanzó, en 2011, la Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos.¹⁸ En ella se proponen formas de aumentar la productividad y desvincular el crecimiento económico del uso de los recursos y de su impacto medioambiental.

Es perfectamente posible producir más valor con menos insumos, para reducir nuestro impacto en el medio ambiente, y para consumir de una manera más inteligente. Podemos utilizar alternativas más eficientes en lugar de muchos de los recursos actuales, y podemos impulsar el reciclaje, por ejemplo. Pero si la sociedad europea es cada vez más eficiente de los recursos, será necesario movilizar a millones de empresas y consumidores. Los precios tienen que cambiar para reflejar mejor los costes ambientales y sociales: esto mejoraría el sistema económico, proporcionando los incentivos adecuados y señales para los productores y los consumidores. Lo más importante, las políticas públicas coherentes deben ser puestas en su lugar para permitir dicha reforma y empujarlo hacia adelante.

La hoja de ruta hacia una Europa eficiente en recursos esboza cómo podemos lograr el crecimiento eficiente de los recursos, que es esencial para nuestro bienestar y la prosperidad futura. La hoja de ruta identifica los sectores de la economía que consumen más recursos, y sugiere herramientas e indicadores para ayudar a guiar la acción en Europa como a nivel internacional. Se trata de una agenda para la competitividad y el

¹⁷ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y EL COMITÉ DE LAS REGIONES. Una Europa que utilice eficazmente los recursos - Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europa 2020. COM (2011) 21. Bruselas. 26.01.2011.

¹⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos. COM (2011) 571. Bruselas. 20.09.2011.

crecimiento basado en el uso de menos recursos cuando producimos y consumimos bienes y la creación de oportunidades de negocio y de empleo a partir de actividades como el reciclaje, un mejor diseño de los productos, la sustitución de materiales y eco-ingeniería. Plantea el medio por el que podemos seguir para lograr el crecimiento de una manera sostenible. Las medidas que se establecen van dirigidas a transformar la producción y el consumo, con incentivos para los inversores para promover la innovación ecológica, y un mayor papel para el diseño ecológico, eco-etiquetado, y las compras públicas ecológicas. Se invita a los gobiernos a cambiar la fiscalidad desde el trabajo, a la contaminación y el uso de recursos, y proporcionar nuevos incentivos para impulsar a los consumidores hacia productos de bajo consumo de recursos. La hoja de ruta también recomienda la adaptación de los precios para reflejar los costes reales del uso de los recursos, sobre todo en el medio ambiente y la salud. El plan de trabajo tiene como objetivo abordar la ineficiencia de los recursos en los sectores que son responsables de la mayor parte de los impactos ambientales - es decir, los alimentos, los edificios y la movilidad, cuyos efectos combinados representan el 70-80% de los impactos ambientales. La importancia de la gestión de los recursos naturales que sostienen nuestra economía sea más eficiente también se destaca. Las presiones sobre los recursos como la biodiversidad, el suelo y el clima son cada vez mayores, y un fracaso para cumplir con las metas existentes podría significar un desastre a largo plazo. La hoja de ruta recomienda un enfoque integrado a través de muchas áreas de políticas a nivel europeo y de los Estados miembros y se centra en los recursos bajo la mayor presión de los instrumentos empleados incluyen la legislación, los instrumentos basados en el mercado, la reorientación de los instrumentos de financiación y promoción de la producción y el consumo sostenibles. Objetivos claros e indicadores que proporcionan previsibilidad y transparencia para todos, que se desarrollarán desde 2013, a través de un proceso participativo que implica los responsables políticos, expertos, organizaciones no gubernamentales, las empresas y los consumidores.¹⁹

Especialmente importante es también reciente la iniciativa hacia una economía circular,²⁰ donde se señala como la evolución hacia a una

¹⁹ Commission Européenne - IP/11/1046, 20/09/2011. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1046_en.htm?locale=FR>.

²⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa. COM (2014) 398. Bruselas. 02.07.2014.

economía más circular es esencial para cumplir el programa de eficiencia en el uso de los recursos establecido de conformidad con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Es posible mejorar y sostener la eficiencia en el aprovechamiento de los recursos, y puede aportar importantes beneficios económicos.

Una economía circular mantiene el valor añadido de los productos el mayor tiempo posible y excluye los residuos. Funciona reteniendo los recursos en la economía cuando un producto ha llegado al final de su vida, de modo que puedan continuar utilizándose con provecho una y otra vez para crear más valor. La transición a una economía más circular exige la introducción de cambios en todas las cadenas de valor, desde el diseño de los productos hasta los nuevos modelos de gestión y de mercado, desde los nuevos modos de conversión de los residuos en un activo hasta las nuevas formas de comportamiento de los consumidores. Todo eso implica un cambio sistémico completo, así como innovación no sólo en las tecnologías, sino también en la organización, la sociedad, los métodos de financiación y las políticas. Incluso en una economía fuertemente circularizada quedará siempre algún componente de linealidad, pues hacen falta recursos vírgenes y hay que eliminar residuos.

c) Etiquetado ecológico y energético

Las etiquetas proporcionan una información fundamental que permite a los consumidores tomar decisiones con conocimiento de causa. La etiqueta ecológica europea²¹ es un sistema voluntario creado en 1992 para incitar a las empresas a comercializar productos y servicios conformes a una serie de criterios medioambientales.

El objetivo del sistema comunitario de atribución de etiqueta ecológica es fomentar los productos con un impacto reducido en el medio ambiente antes que los demás productos de la misma categoría; y proporcionar a los consumidores orientación e información exacta y con base científica sobre los productos.

Se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento: los productos alimenticios; las bebidas; los productos farmacéuticos; los dispositivos médicos definidos en la Directiva 93/42/CEE; las sustancias o preparados

²¹ REGLAMENTO (CE) 1980/2000 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 237. 21.09.2000.

clasificadas como peligrosas según lo dispuesto en las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CEE; los productos fabricados mediante métodos que puedan perjudicar de modo significativo al hombre o al medio ambiente.

La etiqueta ecológica puede concederse a productos existentes en la Unión que cumplan determinados requisitos medioambientales y los criterios de la etiqueta.

Los requisitos medioambientales se determinan en función de la matriz de valoración del Anexo I del reglamento, y están sujetos a los requisitos metodológicos del Anexo II. La etiqueta puede concederse a todo producto que contribuya de forma significativa a la realización de mejoras en aspectos ecológicos clave (es decir, las interacciones del producto con el medio ambiente durante su ciclo de vida, incluido el uso de energía y de recursos naturales).

Para la concesión de la etiqueta, los criterios se establecen por categorías de productos y se basan en: las perspectivas de penetración de los productos en el mercado; la viabilidad de las adaptaciones técnicas y económicas necesarias; y el potencial de mejora del medio ambiente.

Los productos deben cumplir las condiciones siguientes: representar un volumen significativo de ventas y comercio en el mercado interior; tener un impacto ambiental importante; presentar un potencial significativo para mejorar el medio ambiente a través de la opción de los consumidores; destinar una parte significativa de su volumen de ventas al consumo final.

Para solicitar la etiqueta ecológica europea, el fabricante, importador, prestador de servicios, comerciante o minorista presentarán una solicitud de atribución a la autoridad competente designada por el Estado miembro en el cual se fabrique o se comercialice por primera vez o se importe el producto de un tercer país. Por su parte, la autoridad competente controlará que el producto se ajuste a los criterios de la etiqueta ecológica y decidirá sobre la concesión de la etiqueta. Por último, el organismo competente celebrará un contrato tipo con el solicitante sobre las condiciones de utilización de la etiqueta.

Toda solicitud de concesión de etiqueta ecológica está sujeta al pago de un canon. La utilización de la etiqueta se someterá también al pago de un canon anual por el usuario.

Estos criterios son definidos y revisados por el Comité de Etiquetado Ecológico de la Unión Europea (CEEUE), responsable asimismo de los requisitos de evaluación y comprobación asociados, y se publican en

el Diario Oficial de la Unión Europea. Los productos y servicios que han recibido la etiqueta ecológica llevan un logo en forma de flor, que permite a los consumidores, tanto públicos como privados, identificarlos fácilmente. Hasta ahora, se ha concedido dicha etiqueta a productos de limpieza, electrodomésticos, productos de papel, ropa, productos para la casa y el jardín, lubricantes y servicios, como los alojamientos turísticos. Los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica no se basan en un único factor, sino en estudios que analizan el impacto de un producto o servicio en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida. La revisión de 2008 del Reglamento (CE) nº 66/2010 relativo a la etiqueta ecológica perseguía fomentar el uso del sistema voluntario de la etiqueta ecológica al reducir la carga económica y burocrática asociada a la aplicación de la normativa.

La Directiva 92/75/CEE²² introdujo a escala de la UE un sistema de etiquetado energético para los aparatos domésticos (electrodomésticos), que, a través de las etiquetas y los folletos de los productos, ofrece a los consumidores potenciales información sobre el consumo de energía de todos los modelos disponibles. Desde su introducción en 1995, la etiqueta energética de la UE se ha convertido en una orientación ampliamente reconocida y respetada por fabricantes y consumidores.

En junio de 2010 se revisó la Directiva 2010/30/UE²³ sobre etiquetado energético para extender su ámbito de aplicación a una gama más amplia de productos, incluidos los productos que utilizan energía y otros productos relacionados con la misma.

La mejora de la eficiencia de los productos relacionados con la energía, mediante la capacidad del consumidor de decidir con conocimiento de causa, beneficia a la economía de la UE en general. Como señala la norma precitada, "Si se suministra una información exacta, pertinente y comparable sobre el consumo de energía específico de los productos relacionados con la energía, se debe orientar la elección del usuario final en favor de los productos que consuman o generen indirectamente un consumo menor de energía y otros recursos esenciales durante su utilización,

²² Directiva 92/75/CEE, del Consejo, de 22 de septiembre de 1992 relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos, por medio del etiquetado y de una información uniforme sobre los productos, DOCE L 297. 13.10.1992.

²³ DIRECTIVA 2010/30/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 19 de mayo de 2010, relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (refundición), DOUE L 153. 18.06.2010.

lo cual incitará a los fabricantes a adoptar medidas para reducir el consumo de energía y otros recursos esenciales de los productos que fabriquen. Ello debe también fomentar indirectamente una utilización eficiente de dichos productos con el fin de contribuir al objetivo de la UE de incrementar en un 20 % la eficiencia energética. A falta de esta información, las fuerzas del mercado no lograrán fomentar por sí solas la utilización racional de la energía y de otros recursos esenciales en el caso de dichos productos”.

d) Diseño ecológico

La Directiva 2005/32/CE²⁴ sobre diseño ecológico garantiza la mejora técnica de los productos, instaurando un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía y modifica las Directivas 92/42/CEE, 96/57/CE y 2000/55/CE relativas a los requisitos de rendimiento energético.

La Directiva se aplica a todo producto que utilice energía para su funcionamiento y esté comercializado. También abarcará las piezas destinadas a ser incorporadas a los productos, que se comercialicen como piezas sueltas destinadas a los usuarios finales y cuyo impacto medioambiental pueda evaluarse de forma independiente.

Se cubren todas las fuentes de energía, fundamentalmente la electricidad y los combustibles sólidos, líquidos y gaseosos, aplicándose a todo producto comercializado de la Unión Europea (UE) y a los productos importados.

Para la aplicación de la Directiva se tratarán prioritariamente los siguientes grupos de productos: los equipos de calefacción y de producción de agua caliente; los motores eléctricos; el alumbrado en los sectores residenciales y terciario; los electrodomésticos; los equipos ofimáticos en los sectores residenciales y terciario; la electrónica en general; y los sistemas de calefacción, ventilación y aire acondicionado. El Programa Europeo sobre el Cambio Climático (PECC) considera prioritarios estos ámbitos. Permiten reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y obtienen la mejor relación coste/eficacia, lo que presenta una ventaja para el consumidor.

²⁴ Directiva 2005/32/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2005, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE del Consejo y las Directivas 96/57/CE y 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 191. 22.07.2005.

El fabricante, el representante autorizado o, en su defecto, el importador, será responsable de garantizar que el producto cumpla las medidas de ejecución relativas al mismo. Deberá conservar la declaración CE de conformidad y la documentación técnica del aparato, pudiendo estar obligado, conforme a las medidas de ejecución, a que informe al consumidor fundamentalmente sobre las características y comportamiento medioambiental del producto, y el modo de utilización del producto que permita reducir al mínimo su impacto medioambiental.²⁵

La revisión de 2009 (Directiva 2009/125/CE²⁶) de la Directiva de 2005 amplió su ámbito de aplicación a los productos relacionados con la energía que no fueran productos que utilizan energía en términos estrictos; hay productos que no consumen energía durante su uso, pero que influyen de forma indirecta en el consumo de energía, como las ventanas, los materiales aislantes o algunos productos que utilizan el agua. En 2012 la Comisión publicó una evaluación de la Directiva 2009/125/CE en la que se concluía que no era necesario ni revisar de forma inmediata la Directiva sobre diseño ecológico ni ampliar su ámbito de aplicación a productos no relacionados con la energía.

e) Gestión y auditoría medioambientales (EMAS)

El sistema de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión es una herramienta de gestión que permite a las empresas y otras organizaciones evaluar, notificar y mejorar su rendimiento medioambiental. Las empresas pueden hacer uso de este sistema desde 1995, aunque en un principio solo se puso a disposición de las empresas de los sectores industriales. Sin embargo, desde 2001, el sistema EMAS²⁷ puede utilizarse en todos los sectores económicos, incluidos los servicios públicos y privados.

El objetivo del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) es promover la mejora del comportamiento medioambiental de las organizaciones privadas y públicas de todos los sectores de actividad económica mediante el establecimiento y la aplicación, por parte

²⁵ Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/other/l32037_es.htm>.

²⁶ Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía. DOUE L 285. 31.10.2009.

²⁷ Reglamento (CE) nº 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). DOUE L 114. 24.04.2001.

de las organizaciones, de sistemas de gestión medioambiental según se describen en el anexo I del presente Reglamento; la evaluación objetiva y periódica de tales sistemas; la formación y participación activa del personal de las organizaciones; y la información al público y otras partes interesadas.

En 2009 se revisó y modificó el Reglamento sobre el EMAS (Reglamento (CE) n° 1221/2009²⁸). El objetivo de la modificación consistió en reforzar y mejorar la eficacia del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales a fin de aumentar el número de organizaciones que participan en él, dar a conocer el EMAS como una referencia en materia de sistemas de gestión medioambiental y permitir a las organizaciones que aplican otros sistemas de gestión medioambiental sincronizar estos sistemas con EMAS. Esta nueva regulación también tiene por finalidad animar a las organizaciones registradas en EMAS a que tengan en cuenta los aspectos medioambientales cuando elijan a sus prestatarios de servicios y proveedores.

Se prevé asimismo una simplificación de los procedimientos administrativos. Completa el sistema de gestión medioambiental reforzando el mecanismo de control de acuerdo con las obligaciones legales aplicables en materia de medio ambiente, así como las disposiciones relativas a la comunicación de información sobre los comportamientos medioambientales. Asimismo se introduce una armonización de las normas y los procedimientos de acreditación y permite la participación de organizaciones exteriores a la Comunidad.²⁹

f) Contratación pública ecológica

La contratación pública ecológica (CPE) es una política voluntaria de apoyo a las autoridades públicas en la adquisición de productos, servicios y obras con un reducido impacto medioambiental. Como señala la propia Comisión Europea, "Contratación pública ecológica es el proceso de adjudicación de un contrato público en el que las autoridades tratan de obtener productos, servicios y obras que tendrán un impacto medioambiental durante toda su vida útil menor que otros productos, servicios y obras semejantes, pero sometidos a procesos de adjudicación de contratos

²⁸ Reglamento (CE) n° 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión. DOUE L 342. 22.12.2009.

²⁹ Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/other/l28022_es.htm>.

distintos”.³⁰ En los últimos años se ha reconocido ampliamente la utilidad de la CPE como herramienta de fomento de los mercados de productos y servicios ecológicos y reducción del impacto medioambiental de las actividades de las autoridades públicas. Los Estados miembros aplican la CPE a través de planes nacionales de acción. Dos Directivas (2004/18/CE³¹ y 2004/17/CE³²) sobre contratación pública adoptadas en 2004 fueron las primeras en contener referencias específicas a la posibilidad de incorporar consideraciones medioambientales en el proceso de adjudicación de contratos, por ejemplo a través de la inclusión de requisitos medioambientales en las especificaciones técnicas, el uso de etiquetas ecológicas o la aplicación de criterios de adjudicación basados en características medioambientales.

En 2008, la Comisión publicó una Comunicación titulada “Contratación pública para un medio ambiente mejor”.³³ La Comunicación señala como objetivo formular una serie de directrices sobre cómo reducir el impacto medioambiental del consumo del sector público y utilizar la contratación pública ecológica (CPE) para estimular la innovación en tecnologías, productos y servicios medioambientales.

Más concretamente, este documento propone instrumentos que deberían permitir salvar los principales obstáculos para recurrir con mayor frecuencia a la contratación pública ecológica. A tal efecto, la Comisión recomienda fijar una serie de criterios medioambientales comunes que se puedan aplicar a la contratación pública ecológica; fomentar la publicación de información sobre el coste estimado de vida útil de los productos; reforzar la seguridad jurídica en torno a la posibilidad de incluir criterios medioambientales en las licitaciones; e instaurar un apoyo político a la promoción y aplicación de la contratación pública ecológica mediante la definición de un objetivo provisto de indicadores y de un sistema de seguimiento.

³⁰ Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/environment/sustainable_development/mi0002_es.htm>.

³¹ DIRECTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DOUE L 134. 30.04.2004.

³² DIRECTIVA 2004/17/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. DOUE L 134. 30.04.2004.

³³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 16 de julio de 2008, relativa a una contratación pública más ecológica. COM (2008) 400. Bruselas 16.07.2008.

La Comunicación se aplica todos los tipos de contratación pública, independientemente de si se encuentran por encima o por debajo de los límites previstos por las directivas europeas en este campo. Fueron definidos diez sectores prioritarios para la CPE: construcción; alimentación y servicios de restauración; transporte; energía; material de oficina y ordenadores; ropa y otros textiles; papel y servicios de impresión; mobiliario; productos y servicios de limpieza; y equipos sanitarios, siendo publicados hasta el momento ya 21 series de criterios de CPE.

Las tres Directivas adoptadas en febrero de 2014 como parte de la reforma de la contratación pública en el marco del Acta del Mercado Único (Directivas 2014/23/UE (Directiva sobre contratos de concesión³⁴); 2014/24/UE (Directiva sobre servicios clásicos³⁵), y 2014/25/UE (Directiva sobre servicios públicos³⁶) simplificarán los procedimientos pertinentes facilitando la innovación a las empresas y fomentando un mayor uso de la contratación pública ecológica, apoyando así la transición hacia una economía eficiente en el uso de los recursos y con bajas emisiones de carbono.

g) Plan de Acción sobre Ecoinnovación (EcoAP)

La transición a una economía eficiente en el uso de recursos y baja en carbono es uno de los pilares centrales de la estrategia Europa 2020, la cual marcará el rumbo de la economía de la UE durante la próxima década y posteriormente. Una de las siete iniciativas emblemáticas de la estrategia Europa 2020 es Unión por la innovación. El EcoAP se combinará con la iniciativa Unión por la innovación con el objetivo de abordar barreras y oportunidades específicas en el ámbito de la innovación ecológica.

El Plan de Acción sobre Ecoinnovación (EcoAP), puesto en marcha por la Comisión Europea en diciembre de 2011, es la continuación lógica del Plan de Actuación a favor de las Tecnologías Ambientales (ETAP) de la UE. El EcoAP se apoyará en la valiosa experiencia adquirida hasta el momento para seguir avanzando en el ámbito de las tecnologías ecológicas en la UE y promover una amplia variedad de procesos, productos y servicios de ecoinnovadores.

³⁴ DIRECTIVA 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, DOUE L n° 94. 28.03.2014.

³⁵ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DOUE L n° 94. 28.03.2014.

³⁶ Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. DOUE L n° 94. 28.03.2014.

Este plan de acción, diseñado para promover la penetración de la ecoinnovación en el mercado, aportará beneficios para el medio ambiente, generará crecimiento y puestos de trabajo y garantizará un uso más eficiente de nuestros recursos, cada vez más escasos. El plan se centrará en escollos, retos y oportunidades específicos a la hora de lograr objetivos medioambientales mediante la innovación tecnológica y no tecnológica.

Excepto en el caso de la energía renovable, los productos ecoinnovadores presentan un acceso a los mercados limitado. Para cambiar esta situación, EcoAP se centrará en la eliminación de las principales barreras en este sentido, con las siguientes medidas: Intensificación de las acciones actuales; optimización del uso de los recursos existentes; y movilización de recursos financieros adicionales.

Siete acciones facilitarán la consolidación del mercado para la ecoinnovación, buscando el encuentro de las partes interesadas, los sectores público y privado y la Comisión Europea.

Las actividades clave incluyen: transformación de la ecoinnovación en un elemento central en la revisión de la legislación de la UE; financiación de proyectos de demostración ecoinnovadores para fomentar la confianza del sector industrial y trasladar los conceptos del laboratorio al mercado; identificación de las normas internacionales relevantes en ámbitos como el tratamiento de residuos, el agua potable y otras áreas; financiación de PYME mediante la creación de una red de financiadores para la ecoinnovación; fomento de la cooperación internacional más allá de las fronteras de la UE mediante centros empresariales y tecnológicos europeos; dotación de la futura población activa con las cualificaciones necesarias en una economía ecológica; y cooperaciones de innovación con el objetivo de lograr la colaboración de agentes públicos y privados en ámbitos clave como la agricultura sostenible y la gestión del agua.³⁷

Conclusión

La Unión Europea se ha dotado de un impresionante aparato legislativo y administrativo para intentar conciliar el necesario desarrollo económico y el bienestar social con la defensa de los derechos de sus ciudadanos y de unas condiciones de vida dignas para todos.

La defensa del medio ambiente como derecho fundamental, constituye hoy un reto en los sistemas constitucionales. El otorgamiento del

³⁷ Preguntas frecuentes sobre el EcoAP (Plan de Acción sobre Ecoinnovación). Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/ecoap/faq/index_es.htm#q1>.

máximo nivel de consideración jurídica y social, qué duda cabe, contribuirá a un aumento de su protección, rodeándolo de instrumentos de garantía que aseguren su eficacia.

Pero esa protección debe ser horizontal, impregnando todos los ámbitos públicos y privados, todas las políticas a desarrollar. Qué duda cabe que las políticas públicas de defensa de los consumidores constituyen ese ariete entre la preservación ambiental y la garantía de otros sectores estratégicos para los ciudadanos. Ciudadanos que estén informados de lo que compran, de cómo gastan, del origen de los productos que consumen, son mejores ciudadanos. Las políticas públicas juegan un rol fundamental una vez que el reconocimiento constitucional y jurídico se ha producido. Como sabemos, una cosa es legislar, y otra cumplir y llevar a buen puerto lo legislado. Además el desarrollo de los programas jurídicos y políticos requieren de inversiones que la Administración debe tener presentes, para que aquellos no queden en mera retórica. Las políticas públicas en materia de consumo sostenible ambiental siguen siendo, infelizmente, olvidadas en numerosas ocasiones. Sectores como la agricultura, el turismo, la industria y otros, de gran capacidad de generar riqueza y empleo, pero con graves impactos ambientales, siguen primando sobre la necesaria sostenibilidad social y ambiental.

El consumo sigue todavía bajo la hégira de una mera transacción económica, de la dialéctica de los mercados, las grandes multinacionales, que imponen pautas de consumo, modas de cómo, cuándo y dónde gastar, sin tomar en cuenta las personas que los producen, los países que aportan las materia primas. El consumo es necesario, sin duda. Es la base de nuestro modelo civilizatorio, pero de un modelo que está agotado y ultrapasado, y que es tan estúpido que se pone a sí mismo en riesgo, ante unos beneficios rápidos, y una degradación que aumenta exponencialmente, en un camino sin retorno.

Por último, lo más importante, los ciudadanos, considerados como ciudadanos-consumidores. Las políticas públicas en pro del consumo sostenible serán inoperantes sino son asumidas por los ciudadanos en una doble vertiente: participación en la adopción de las decisiones a tomar y compromiso en la implantación de las medidas a desarrollar. Debemos estar atentos y preparados para reivindicar nuestros derechos, y hacerlos cumplir, pero también seremos responsables de nuestros propios actos, y sólo podremos exigir aquellos que estamos dispuestos a cumplir.

Es la hora de los ciudadanos informados, comprometidos y responsables que a través de sus decisiones de consumo, defienden una vida digna para todos. Para todos, en todas partes y circunstancias.

INTERESSES HEGEMÔNICOS SOBRE AS DECISÕES LOCAIS EM CONFLITOS CONSUMERISTAS

HENRIQUE MIORANZA KOPPE PEREIRA*

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI**

Introdução

Em um mundo globalizado, os espaços locais adquirem um novo e importante *status* político. Ao contrário das forças hegemônicas e totalizantes que circulam nos espaços globais, os espaços locais constituem-se de um conjunto de práticas, experiências, vivências e modos de vida dotados de maior legitimidade democrática no âmbito das respectivas comunidades que convivem nesses espaços. A questão, portanto, não é exatamente desconectar as ondas ideológicas da hegemonia especialmente europeia de colonização dos modos de vida, tampouco apostar agora todas as fichas apenas nas especificidades dos modos de vida locais. Mas sim, realizar os princípios constitucionais sob uma perspectiva de mediação ou de equilíbrio entre as forças hegemônicas do global e o respeito à diversidade local.

Ao se dizer que a ordem econômica de um território deverá ser coadunada com normas globais, retira-se a autonomia local e toda a formação econômica social passa a ser dependente de fatores hegemônicos. Por outro lado, ao se dizer que a ordem econômica de um território deve se estruturar na multiplicidade de culturas e modos de vida locais, confere-se um protecionismo que pode isolar as experiências locais, desperdiçando o aprendizado com as trocas de experiências e de vivências.

O problema é que as decisões judiciais, em especial as decisões no âmbito do Direito Bancário, tem realizado um tipo de discurso jurídico muito característico das pretensões hegemônicas das redes financeiras globais. Centralidade das decisões, competência exclusiva da União

* Doutor em Direito com enfoque em políticas públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor pesquisador colaborador do grupo de pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS). Professor no curso de Direito da UCS.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Unisinos e Mestre em Direito pela UCS. Professor da Faculdade de Direito da UFMG e da FDSM.

Federal para legislar sobre a matéria, autonomia da vontade às últimas consequências, são ilustrações das linhas discursivas que as decisões judiciais, de um modo geral, articulam para realizar o direito sobre a matéria - desconsiderando a importância política que possui o espaço local como oposição às pretensões hegemônicas do global.

No que segue, esta pesquisa objetiva refletir sobre a riqueza política dos espaços locais para a noção de democracia a analisar as influências provocadas pelos interesses hegemônicos globais, em especial sob a ideologia dos conceitos de modernização e de países em desenvolvimento. Em um segundo momento, objetiva-se analisar a influência das redes financeiras globais sobre os espaços locais. O terceiro objetivo desta investigação pretende apresentar uma reflexão sobre as principais concepções metodológicas de interpretação, argumentação e decisão jurídica, demonstrando como o discurso técnico-jurídico metodológico produz uma sublimação do caráter político das problemáticas em questão, quer dizer, demonstrando como algumas concepções metodológicas de interpretação, argumentação e decisão jurídica esvaziam o caráter político da discussão para transformá-la em uma questão simplesmente jurídica de correção técnica.

Na perspectiva da decisão judicial, o espaço local é o lugar e a população em que repercute a decisão. São os afetados políticos pela decisão - não apenas os afetados no sentido de uma legitimidade processual. O espaço local vem onde se faz a atuação do cidadão e “quanto mais participativo e comprometido, maiores as possibilidades de desenvolvimento do espaço local que está, de qualquer modo, inserido num contexto mais amplo, seja regional, nacional ou global”.¹

1. Modernização, hegemonia e subdesenvolvimento

A partir do espaço local busca-se a revolução da democracia, a concretização dos direitos constitucionais e a pressão política para que o Estado concretize as garantias constitucionais e o Estado Democrático de Direito.² O tema espaço local não é eminentemente uma novidade, pois seu conceito sempre existiu na consciência da humanidade sob o conceito de território, o espaço de uma comunidade que se identifica e delimita o

¹ COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 103.

² BITOUN, Jan. O intraurbano: a geografia e o urbanismo. In: SILVA, José Borzacchiello da et al (Org.). *A cidade e o urbano: temas para debates*. Fortaleza: EUFC, 1997.

perímetro espacial em que vive e busca os seus recursos para sua sobrevivência. Todavia, a novidade que se encontra sobre esse conceito está no contexto global que se estabeleceu a partir do século XX e se apresenta consolidado no século XXI. A nova estrutura globalizante com seu mercado transfronteiriço rompe com as estruturas territoriais e redefine a lógica reflexiva do espaço local, agora espaço global.

Tanto o Brasil, quanto outros países não desenvolvidos, não possuem autonomia política e econômica para direcionar o presente para um possível desenvolvimento. As posições nas quais se encontram essas nações, nos dias que correm, não se equiparam àquelas que os países desenvolvidos tiveram no passado, tampouco são similares às do presente. Essas nações são polos passivos, recepcionando os ditames da modernização provenientes dos poderes hegemônicos que não permitem o desenvolvimento, mas sim a adequação das necessidades do mercado global para que sua exploração seja mais rentável. Ao se seguir o referencial de Milton Santos,³ adota-se neste trabalho o termo países subdesenvolvidos⁴ ao invés de países em desenvolvimento, para não reproduzir eufemismos que iludem e escondem a crítica situação na qual se encontram os países que outrora foram colonizados e hoje são mantidos reféns de uma política econômica global.

A configuração atual dos países subdesenvolvidos como o Brasil deriva principalmente da fragilidade do Estado como nação que é soberana em seu território, no entanto, com uma democracia constitucional sensível e pouco atuante, mas que pode ser revitalizada por meio do espaço local.⁵

³ SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Edusp, 2004.

⁴ Brasil, um país desenvolvido ou subdesenvolvido? Inicialmente, elucida-se se a discussão será feita sobre países em desenvolvimento ou países subdesenvolvidos. Para responder a esse questionamento, basta refletir sobre o que querem dizer tais termos. Os países em desenvolvimento são aqueles que se encontram em um processo que os levará, algum dia, a serem considerados desenvolvidos; simultaneamente, os países subdesenvolvidos se encontram em uma constante inferioridade diante dos países desenvolvidos que os exploram. Os territórios subdesenvolvidos podem modificar-se, crescer e até desenvolver-se, porém frequentemente se encontrarão em um plano inferior marcado pela submissão política e econômica imposta por poderes hegemônicos exteriores, sejam estrangeiros, supranacionais, multinacionais (BONETI, 2006, p. 53). Não existe um similar path entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, nem em uma perspectiva que leve ao desenvolvimento inequivocamente e nem pela perspectiva histórica, pois toda a formação histórica e social dos países periféricos, como o Brasil, caracterizou-se como mundos subdesenvolvidos e não como mundos em desenvolvimento (SANTOS, 2004, p. 19). Termo utilizado por Milton Santos, que não adotou o termo em desenvolvimento, o qual se apresenta como um eufemismo à realidade em que se encontram os países que não são considerados desenvolvidos.

⁵ ROCA, Javier García. El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. *Realia - Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid: INAP - Instituto Nacional de Administración Pública, n. 282, p. 23-70, ene./abr. 2000.

Para se compreender a influência de interesses hegemônicos extrajurídicos sobre as decisões judiciais, primeiramente, deve-se compreender a formação econômica social (FES), a qual as estruturas jurídicas locais estão submetidas, pois esse panorama está indissociado da realidade que se apresenta em uma sociedade historicamente determinada. A formação econômica e social demonstra como se constituem os contextos políticos, econômicos, de exclusão social, de modo de produção,⁶ os quais, entre si, influenciam-se diretamente e delimitam estritamente o caminho da democracia, principalmente no que se refere às democracias de países subdesenvolvidos.⁷

A compreensão da formação econômica social acaba por desenhando um processo histórico e a história não se escreve fora de um espaço determinado. Nesse conceito podem se observar as características que se percebem concretamente na sociedade como uma realidade que pode ser encontrada em um espaço e em um tempo específico. Todo o caminho de eventos políticos, econômicos, sociais, de modos de produção e de deliberações democráticas incidirão em espaços locais determinados e determináveis.⁸ Da mesma forma, os espaços poderão ser percebidos e interpretados por sistemas de observação a partir de suas formas⁹ para que se estipulem o valor de cada local e de suas características, a fim de se estabelecer a organização local. Esse processo é natural para a organização espacial de uma sociedade.

Para que se compreenda melhor, pode-se exemplificar com o valor de um local de extração de recursos que seja fundamental para os modos de produção. Esse espaço, de acordo com seus níveis qualitativos e quantitativos, passará a representar um valor importante para a sociedade

⁶ SANTOS, Milton. *Espaço e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1982.

⁷ GURVITCH, Georges. *Las formas de la sociabilidad*. Buenos Aires: Losada, 1941.

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

⁹ Para Milton Santos as formas são as características constitutivas do ser, do objeto e do espaço, as quais estão submetidas à interpretação e à reinterpretação dos modos de produção e da formação social (SANTOS 1982). Luhmann também trabalha a ideia de forma, que coincide e complementa essas reflexões ao expor: "Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplitude em redução. Na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a. O melhor exemplo disso é a linguagem que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um "código" dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente" (LUHMANN, 2003, p. 54).

que deles se prouver e sua existência influenciará diretamente as características e a organização espacial dessa localidade. O processo de globalização que se consolida e cresce à medida que avançam os anos, porém, torna essa reflexão mais complexa, pois as formas que organizam as percepções políticas, econômicas, sociais, de modos de produção e, inclusive as deliberações democráticas partem da ordem internacional, a qual irá se fazer presente na organização local para que se reproduzam nos espaços uma organização globalizada.^{10 11}

O espaço movimenta-se, altera-se de acordo com as influências da sociedade a que está submetido, podendo criar novas formas¹² ou renovar as antigas. Do mesmo modo, ocorrerá esse movimento a partir da intervenção de uma ordem global que irá impedir a espontaneidade desse processo realizado pela sociedade local sobre seu próprio território, a qual deverá adaptar-se às determinações heterônomas para que possam tornar-se o novo conteúdo do real. Essas formas podem ser traduzidas como ideais, motivações, tendências que podem impulsionar alterações sociais e, conseqüentemente, o espaço.¹³

O valor que representa os objetos encontrados no interior da Formação Econômica Social (FES) não pode ser feito a partir da perspectiva de um modo de produção ultrapassado. A sua forma-conteúdo deverá ser estabelecida pelo modo de produção que se realiza na e pela formação social.¹⁴ Com isso, estabelecem-se os valores de uso e de troca do espaço de acordo com a teleologia que se consolida na economia social em relação às movimentações dos modos de produção e dos possíveis interesses globais que venham intervir nesse processo.¹⁵

O espaço, que sofre influência dos modos de produção e da formação social, é um componente essencial da totalidade social e das transformações sociais. Assim, o espaço acaba por ser uma pré-condição da sociedade e ao mesmo tempo um resultado da sociedade. Toda essa reflexão sobre a formação social contribui diretamente para os estudos sobre

¹⁰ SANTOS, Milton. *Espaço e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 14.

¹¹ SANTOS, Milton. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008. p. 28.

¹² Formas: as características constitutivas do ser, do objeto e do espaço, as quais estão submetidas à interpretação e reinterpretação dos modos de produção e da formação social (SANTOS, 2008).

¹³ HABERMAS, Jürgen. Modernidad: un proyecto incompleto. In. CASULLO, Nicolás (Org.). *El debate modernidad/posmodernidad*. Buenos Aires: El cielo por asalto, 1990.

¹⁴ SANTOS, Milton. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008. p. 31.

¹⁵ LEFÈBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991. p. 6.

a logica jurídica que poderá influenciar a decisão judicial, pois, com a definição do espaço a partir dos vetores impostos pelos modos de produção e da formação social, estabelecer-se-ão quais são as possíveis interpretações do direito positivo consumerista e definições que podem revestir os conceitos jurídicos. Os valores jurídicos poderão ser redefinidos de acordo com a movimentação de interesses sobre os atributos e características dos espaços jurídico sociais.

É importante salientar que a não regulamentação normativa também é considerada como uma forma de agir do ordenamento jurídico,¹⁶ que pode se omitir exatamente por haver o interesse político da omissão. Na terceira e última instância, há a efetivação salutar do espaço que necessita envolver inúmeros setores sociais, mas que representará a ação do interesse político, amparada por uma postura legislativa que incide diretamente no espaço e na população ali constituída.¹⁷

Essas influências externas serão chamadas de tendências,¹⁸ que irão esboçar a estratégia global para que se difundam as variáveis que atendam seus interesses próprios e estimular a formação social de acordo com essas novas diretrizes - ou diretrizes rejuvenescidas. O estímulo e a adequação social, de acordo com o modo de produção hegemônico global, irão habilitar o espaço a corresponder e atender melhor aos interesses dos poderes hegemônicos globais.

A difusão dessas variáveis hegemônicas se apresentam de acordo com os lugares a que se aplicam, e a aceitação de um modelo de crescimento orientado para beneficiar elementos externos faz o Estado perder o controle sobre sua organização espacial. Os exemplos dessas ocorrências não são difíceis de encontrar, como indústria têxtil e montadoras de automóveis que vendem seus produtos por preços absurdamente superiores ao mercado local e levam aos países hegemônicos esses mesmos produtos por preços inferiores.¹⁹ Castells registra a existência de três tipos de dominação que se constituíram ao longo da história, as quais incidem sobre os países subdesenvolvidos; pode uma ser predominante às outras, porém sempre estarão as três presentes:

¹⁶ SITO, Santiago Artur Berger; VIEIRA, Gustavo Oliveira; PENNA, Luciana Rodrigues. *Da sociedade em rede à interconstitucionalidade: a interlocução entre Castells e Canotilho*. Salvador: Conpedi, 2008.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 95.

¹⁸ LEFÈBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991.

¹⁹ SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Edusp, 2004.

Dominação colonial tendo, por objetivos essenciais, a administração direta de uma exploração intensiva dos recursos e a afirmação de uma soberania política. Dominação capitalista-comercial, através dos termos da troca, adquirindo matérias-primas abaixo de seu valor e abrindo novos mercados para os produtos manufaturados por preços acima do valor. Dominação imperialista industrial e financeira, através dos investimentos especulativos e a criação de indústrias locais tendendo a controlar o movimento de substituição das importações, segundo uma estratégia de lucro adotada pelos trustes internacionais no conjunto do mercado mundial.²⁰

Portanto, para se compreender a estruturação dos espaços locais brasileiros, é estritamente necessário ter-se consciência dos processos de dominação efetuados por organismos externos e hegemônicos. Negar essas estruturas dominantes pode conduzir as argumentações a discursos ingênuos ou hipócritas que deixam de abordar elementos fundamentais que pressionam a pragmática da democracia brasileira.

Para que esses trabalhos de dominação sobre os países subdesenvolvidos funcionem adequadamente e com melhor eficácia, é interessante para o mercado global que se eliminem os elementos discrepantes presentes nos territórios locais que possam ocasionar discrepâncias nos processos de exploração. A ordem global trabalha, portanto, em prol de uma planificação²¹ regional e urbana a suas medidas. Quando se elimina o valor das variáveis internas,²² características de um determinado espaço, possibilita-se o combate à diferença e a construção de um ideal imaginário global que deve ser reproduzido no local para que ele se torne, um dia, homogêneo a esse ideal.²³

Esse trabalho de planificação, logicamente, não se restringe a uma estruturação normativa, mas tem a pretensão de tornar homogêneas todas as características globais: o modo de viver, de pensar, a conduta, os desejos, o modo de produção, de maneira que toda a formação social se faça eficiente em atender os interesses dos poderes globais e facilite a

²⁰ CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 83.

²¹ O termo planificação remete a ideia de retirar as discrepâncias de um terreno, nesse caso as divergências locais dos interesses dominantes em uma perspectiva global. Para assim tornar a localidade "plana", ou seja, de acordo com os interesses hegemônicos.

²² Formas presentes nos espaços locais, que podem ser diferentes de acordo com os lugares e regem diferentemente a estímulos externos, por isso são consideradas variáveis, ou seja, valores matemáticos que influenciam o resultado de uma equação.

²³ CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

penetração dos impérios globais e do capital, assim como veicule as teorias subjacentes coadunadas com esses impulsos comunicativos.²⁴

A incidência das tendências nos espaços locais de países subdesenvolvidos possibilita a entrada de grandes empresas que se apropriam da mais-valia social²⁵ ali presente, e esse mecanismo desvaloriza o recurso quando está na mão do Estado e supervaloriza quando está vinculado às grandes empresas.²⁶

É evidente que esse processo empobrece o Estado-Nação que deixa de ter capacidade financeira e disposição de recursos para criar serviços sociais ou para auxiliar atividades descentralizadas ou descentralizadoras, pois a produção, sobretudo a produção industrial, passa a se concentrar cada vez mais em empresas multinacionais e em empresas submetidas ao capital estrangeiro.

2. A influência de redes financeiras globais

Pretende-se explicar neste tópico como ocorrem algumas dessas intervenções exógenas que podem intervir negativamente na emancipação das estruturas financeiras locais e, dessa forma, inibir a aplicabilidade do direito consumerista nas decisões locais. Anteriormente apontou-se que, após serem legitimadas por procedimentos jurídicos, as tendências exógenas teriam a capacidade de forçar a organização do espaço local contra os interesses e as características dos territórios, tornando-os como espaços banais. Uma das perspectivas mais evidentes sobre a intervenção direta

²⁴ Exemplo de planificação normativa é estruturação das normas bancárias e de outras instituições financeiras. Portanto, a principal ideia da planificação é tornar todas as peculiaridades globais em uma só forma, com os mesmos objetivos e desejos, eliminar os fluxos contrários e absorver aqueles que podem fomentar a mobilidade do mercado global. Os efeitos que essas intervenções heterônomas estabelecem na FES são variados, porém interessa diretamente para esse estudo a alteração na estrutura econômica que reverberará nas lides consumeristas, como se tratará a seguir.

²⁵ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 1, 2011.

²⁶ Exemplo da desvalorização do território local e das suas características naturais para ser entregue à exploração de multinacionais é a desconsideração do valor das terras brasileiras, da biodiversidade, da água, da mata nativa, territórios indígenas e quilombolas, para entregar à exploração e produção de celulose como tem feito a Aracruz nas últimas décadas. Mesmo que isso possa contrariar lógicas constitucionais que protejam bens jurídicos tutelados a multinacional não deixa para o local os lucros de sua atividade, utilizando o território para sua atividade. Esse tipo de ação representa a perda dos recursos locais que não mais poderão ser explorados internamente assim como um possível "limite da lei", pois estão sob o domínio do mercado global em troca de uma atividade que não é mais interesse dos países hegemônicos de realizar em seus próprios territórios. O exemplo da Aracruz Celulose é significativo, pois essa empresa ocupa 1,077 milhão de hectares sobre o território brasileiro, que envolve os estados: Espírito Santo, Rio de Janeiro, Bahia, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo e Mato Grosso do Sul (FIBRIA, 2013).

dos interesses globais na organização interna dos territórios está na centralização bancária, pois, a partir da convergência das lógicas financeiras, alteram-se os valores dos elementos presentes nos territórios e intervém-se, diretamente na FES.

Para explicar como se solidificou a centralização bancária, que representa uma das mais importantes redes financeiras em um panorama global no século XXI, pode-se retornar ao período logo após o *crash* de 1929 da bolsa de Nova Iorque, quando oito países se reuniram para fundar o *Bank for International Settlements* (BIS), o qual objetivava promover cooperações entre os bancos centrais dos países signatários e oferecer facilidades em operações financeiras internacionais, assim como servir de trustee em compensações financeiras internacionais.²⁷

Os presidentes dos bancos centrais envolvidos iniciaram a formação de um Comitê de Regulação Bancária e Práticas de Supervisão para incrementar o controle supervisonal dos bancos mundiais. Tais atividades consistiam em:

- a) troca de informações sobre arranjos regulamentares locais de supervisão bancária; b) desenvolvimento de novas e melhores técnicas de supervisão bancária internacional; c) estabelecimento de parâmetros mínimos de supervisão bancária no tocante a aspectos nos quais isso era desejável.²⁸

O comitê preparou um modelo de reforma bancária a fim de adequar a organização financeira dos países signatários e assim reforçar a estrutura financeira global como forma de controle dos bancos nacionais pelos internacionais, a qual alteraria apenas os elementos locais que não se apresentassem de acordo com os poderes hegemônicos. Milton Santos, em seus estudos, aponta que os poderes locais estariam fragmentados e subordinados por redes globais direcionadas por agentes de poder em âmbito mundial.²⁹

É importante salientar que o comitê não seria dotado de poderes formais supranacionais, por isso funcionou como uma forma de encorajamento para a convergência dos organismos financeiros locais para uma padronização e harmonização com os interesses internacionais. Todavia, parece que essa postura tornou passiva a ação do comitê, mas trata-se

²⁷ SADDI, Jairo. O novo acordo da Basiléia. *Revista de Direito Bancário*, RDB 20/2003, abr./jun. 2003.

²⁸ Idem, p. 1190.

²⁹ SANTOS, ob. cit., p. 145.

de uma interpretação equivocada, pois foi a partir desse posicionamento que se estabeleceu um dos processos de verticalização.³⁰ Apesar de não ter sido um controle formal, caracterizou-se pela inserção de interesses internacionais ou globais na organização local para que se fragmentassem as estruturas do território e se impusessem as ordens que satisfizessem os interesses dos poderes hegemônicos.

Os banqueiros centrais reuniram-se para adotar um “guia de recomendações”, ou seja, um guia de heteronomia (hetero = outro, nomos = norma) financeira, que levou o nome de *International Convergence of Capital Measurement and Capital Adequacy*, às autoridades locais que deveriam adequar seus contextos financeiros para que correspondessem às necessidades internacionais. O objetivo principal, declarado pela supervisão bancária internacional, era minimizar os riscos de perdas para os sistemas financeiros presentes nos bancos nacionais dos países signatários. Assim, as “Regras da Basileia exigem transparência dos bancos e menos restrições de mercado, sem comprometer a estabilidade e a equidade deste. [...] Em última análise, bancos seguros são bancos melhores para o sistema financeiro”.³¹

Assim, o gerenciamento financeiro local torna-se adequado para os interesses de agentes de poderes internacionais ou globais. Estabelece os critérios exigidos de acordo com a padronização das formas de medir a adequação de capital e de definição de um sistema de ponderações que oportunize a manutenção do nível mínimo de capital. Tais medidas garantem a solvência dos bancos de acordo com os seus ativos para que sejam diminuídos os riscos de danos financeiros aos mercados internacionais. Fica evidente, portanto, que a preocupação do BIS e do comitê é construir uma formatação financeira homogênea a ser implementada nos territórios locais para que esses sirvam adequadamente aos interesses dos agentes de poder internacionais, como afirma Milton Santos.³²

Os primeiros critérios estipulados eram o capital nuclear e o suplementar, e os segundos eram as facilidades criadas aos países signatários de acordo com a estruturação financeira construída para beneficiar os interesses internacionais. Após o ganho desses espaços para estipulação

³⁰ Idem, p. 151.

³¹ Uma regra interessante é a retenção financeira praticada pelas instituições bancárias, as quais salvaguardam R\$ 3 capitalizados para cada real de crédito tributário contabilizado (SADDI, ob. cit., p. 1201).

³² SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 33.

de uma ordem financeira padronizada, estruturaram-se as regulações internas nos países signatários para modificar a ordem financeira de acordo com os interesses internacionais, como a Resolução 2.099, de 17.08.1994, que foi estabelecida no Brasil: “Essa Resolução impôs novas regras de modo a permitir a operação das instituições financeiras, obrigando-as a atender ao acordo”.³³ Aqui se percebe que, apesar do comitê não possuir poder regulatório, a estrutura vertical de interferência comunicativa serve para levar os padrões de modernização financeira aos espaços locais e reestrutura o direito local.³⁴

Logicamente, após as divulgações das recomendações do comitê, houve diversas oposições, mas não tiveram força significativa para alterações. Todavia, com as modificações financeiras internacionais, críticas foram levantadas quanto aos critérios de classificações de ativos ponderados pelo risco, os quais passaram a ser considerados inadequados. Mas é importante salientar que os critérios de adequação não são estabelecidos por bases científicas voltadas às estruturas sociais, nem para o desenvolvimento interno em vistas o fortalecimento local, mas estarão alinhados com os interesses dos agentes de poder internacionais. Tanto essa afirmação é pertinente que Saddi³⁵ expõe que o protocolo de intenções direcionado ao Comitê da Basiléia, a fim de propor “substituir”, poderia ter utilizado a expressão “atualizar”, pois não estariam se alterando os princípios delineadores que foram instituídos em 1988, mas complementando-os. Visto isso, é evidente que as intenções de fragmentação local para unificação do sistema financeiro de acordo com os interesses internacionais ainda se mantêm as mesmas, somente se alteraram algumas formas em decorrência das vicissitudes capitalistas.

Em 2004, o então presente Ministro da Fazenda, Antônio Palocci, ao discorrer sobre a importância das reformas institucionais para o desenvolvimento econômico, apontou quatro objetivos principais: desenvolvimento do crédito; maior eficiência na gestão dos contratos e solução dos conflitos deles decorrentes; o aprimoramento do ambiente de negócio e a redução do custo do investimento.³⁶ Nos anos seguintes, as gestões realmente realizaram conquistas legislativas que levaram ao aumento do

³³ SADDI, ob. cit., p. 1194.

³⁴ SANTOS, ob. cit., 2008, p. 28

³⁵ SADDI, ob. cit., p. 1200.

³⁶ WALD, Arnaldo. O direito a serviço da economia: o novo direito bancário. *Revista de Direito Bancário*. RDB 27/2005, p. 61, jan./mar. 2005.

crédito e à redução da inadimplência sem que o governo precisasse impor às empresas e aos bancos o dever de investirem em determinadas áreas, assim como obrigar a cederem créditos a grupos ou classes, pois esse ato seria antidemocrático.

Todavia, mesmo que o Estado resguarde as estruturas democráticas, ao evitar medidas impositivas às pressões internacionais de mercado, pode fazer isso, não de forma regulatória especificadamente, mas a partir da verticalização econômica; o mercado internacional emite formas de estruturação econômica e impele ao Direito interno a regular de acordo com os perfis globais *standard* (padrão).³⁷ Da mesma forma, as pressões internacionais obrigam o Estado a criar um contexto adequado para o desenvolvimento do mercado, um ambiente seguro, que proporcione lucro e reduza riscos financeiros. Esse ambiente seguro deve ter um direcionamento econômico, o qual respeitará os interesses internacionais. Visto isso, o Estado já está delimitando quais serão os empreendimentos que devem ou não ser realizados, ou a quem se dará ou não crédito. Então, contrariamente aos preceitos liberais, o Estado intervém diretamente na economia; todavia, quando é necessário que negocie diretamente com as instituições financeiras, obriga-se, para o sucesso das operações comerciais, travestir-se de particular para que não ofereça desvantagens mercadológicas, ou, em outras palavras: para que não ofereça risco.³⁸

Ao se compreender que o Estado deve criar a estrutura adequada para a entrada e o estabelecimento do mercado internacional, fica evidente o caráter imprescindível da estrutura estatal para que se institua esse “ambiente” economicamente favorável ao mercado. É de extrema importância que esse contexto se coadune ao desenvolvimento social e ao bem-estar das populações, evitando-se que se instituem normas que contrariem a FES - Formação econômica social - da localidade, do território nacional. Portanto, as estruturas econômicas exigem a presença do Estado para que se desenvolvam, então, que isso seja feito dentro das perspectivas constitucionais.

³⁷ SANTOS, ob. cit., p. 63.

³⁸ “A natureza própria do PPP (parceria público-privado), do mesmo modo que o FGC pressupõe que se saia da órbita do direito público tradicional, na qual o Estado determina e os demais membros da sociedade obedecem, para fórmulas consensuais inspiradas no espírito e parceria e na confiança mútua e funcionando em bases profissionais. Já se disse que o Estado, quando realiza operações comerciais, muda a sua vestimenta e se equipara ao particular. É a condição necessária, embora não suficiente, para o sucesso de qualquer fundo (WALD, 2004, p. 72).

O Estado moderno deixa de ser um operador do desenvolvimento para ser um incentivador, um fiscal, um regulador, que intervém na economia para defender os princípios constitucionais, mas principalmente para instituir os imperativos de tendências dominantes na economia mundial. Acentua seu grau de atuação mediante a sofisticação e a flexibilidade das tecnologias e das modernas técnicas dos gestores empresariais.

3. A repercussão jurisprudencial

As colocações que se trazem aqui não têm o objetivo de rechaçar a estruturação bancária ou responsabilizá-la pela fragmentação do espaço local e da banalização do território, mesmo porque a transformação do crédito e a modificação das fontes de energia são os fatores que mais influenciam o desenvolvimento do país, mas demonstrar como interesses hegemônicos possuem potencial para intervir direta e indiretamente nas decisões judiciais de lides consumeristas.

Milton Santos³⁹ aponta que os agentes de poderes internacionais influenciam a estrutura financeira organizacional para padronizar e harmonizar os organismos financeiros locais com os interesses de desenvolvimento global. Quando se apresentam essas informações estudadas no direito bancário, percebe-se como se viabilizam essas estruturas de rede comunicativa que atuam como vetores de modernização que fragmentam as formas locais para dar lugar às formas globais. O direito bancário passa a ser peça-chave para a entrada desses estímulos internacionais, pois é a partir deles que se fundam as bases organizacionais do sistema financeiro local. Ao se tornar os bancos avatares dos interesses globais dentro dos territórios nacionais, viabiliza-se que os movimentos de capital, realizados em âmbitos locais, sejam direcionados conforme as necessidades do mercado internacional. Essas ações são formidáveis para a unificação financeira das nações as quais remanejam seus modos de produção para corresponder aos agentes globais ao invés de focarem em investimentos internos voltados para o desenvolvimento local.

Recentemente, alterações pertinentes nas decisões jurisprudenciais referentes às estruturas financeiras - que se autointitulam de Direito Bancário - têm se apresentado no Brasil. Anteriormente, havia poucos acórdãos sobre matérias como essa, todavia não representavam grande importância de discussão, além de ser prudente evitarem-se decisões

³⁹ SANTOS, ob. cit., 2008.

sobre questões que podem abalar o mercado internacional. Na última década, porém, houve duas decisões que repercutiram amplamente e que têm subsídios às discussões da presente tese. A primeira é uma decisão monocrática que extinguiu a ADIN 1.398, dando novas dimensões ao fundo garantidor de crédito; a segunda, o julgamento da ADIN 3.075 que decidiu que o direito bancário não pode ser regido por lei estadual.

Com o julgamento que extinguiu a ADIN 1.398, permitiu-se que o Estado forneça verbas para os fundos de crédito e reforçou-se a parceria público-privada para a atuação do incremento financeiro para evitar as crises econômicas e os fatores de risco ao mercado. Com essa decisão, o fundo de garantia de crédito adquiriu maior segurança, com a maior participação de número de depositantes na caderneta de poupança, que viabiliza a possibilidade de redução da contribuição bancária ao fundo de crédito, o que aumenta a margem de lucro das instituições financeiras.

O FGC (Fundo Garantidor de Crédito) é um exemplo de parceria público-privada em que os recursos privados ou públicos estão sob a gestão de uma entidade sem fins lucrativos com a administração profissional da iniciativa privada e sem prejuízo do exercício do controle público. Esse organismo, aparentemente, não sofre influências políticas e, ao mesmo tempo, não tem os privilégios dos órgãos públicos, o que faz merecer maior credibilidade por partes dos investidores.

Mesmo para a obtenção de financiamentos oriundos de entidades públicas internacionais, a forma de direito privado e a gestão independente dos fundos podem ser um importante argumento a mais para complementar o excelente trabalho de mudança da imagem do país, que já foi realizado, no curto período de um ano, pelo governo atual, assegurando-lhe maior confiabilidade e reduzindo substancialmente o risco país.⁴⁰

Assim fica clara a necessidade e a importância para as redes financeiras que se dê uma abertura consistente para a entrada do mercado internacional no território nacional, e que os fundos garantidores de créditos sejam seguros e consistentes. Ao mesmo tempo, as indústrias internacionais e os investimentos financeiros podem se utilizar das estruturas produtivas locais para beneficiar interesses de entidades hegemônicas.

⁴⁰ WALD, Arnoldo. A recente jurisprudência bancária do STF e o fortalecimento do direito público bancário. *Revista de Direito Bancário*. RDB 23/2004, p. 72, jan./mar. 2004.

Coadune a isso, porém, na perspectiva da influência vertical normativa dos agentes de poder, apresenta-se a ADIN 3.075 que retirou a possibilidade dos Estados Federados de normatizar sobre as instituições bancárias. O julgamento foi sobre uma lei paranaense que vetou os depósitos públicos em bancos privados, violando inclusive contratos vigentes, decorrentes e vinculados aos editais de privatização. A confederação nacional de sistema financeiro requereu a ADIN 3.075, baseando-se na violação do princípio de separação dos poderes, uma vez que a lei estadual estaria invadindo competência exclusiva de lei federal, e ainda desrespeitando a direitos adquiridos e a atos jurídicos perfeitos.

Em um momento em que se discute o respeito aos contratos e aos modelos de privatização, essa decisão se reveste da maior importância para os meios financeiros nacionais e internacionais, porque a credibilidade do país depende também da credibilidade do poder público - adquirida pela sua conduta em relação aos particulares.⁴¹ Com essa decisão, fica evidente o direcionamento das normativas financeiras de acordo com os interesses de agentes de poder internacional, logo, não se pode permitir que um Estado federativo normatize a conduta de seus bancos separadamente da padronização e da harmonização global. Esse momento representa a incidência prática das afirmações de autores como Milton Santos e Castells que tratam sobre influências diretas de poderes hegemônicos na estrutura política de países subdesenvolvidos. Ao se dizer que a ordem econômica de um território deverá ser coadune com normas globais, retira-se a autonomia local e toda a formação econômica social passa a ser dependente de fatores hegemônicos.

O potencial de controle e influência das estruturas financeiras sobre os territórios detêm tanto poder que Verçosa, ao falar das cédulas de crédito bancário e dos títulos de crédito - elementos os quais eram uma necessidade exigida pelas instituições financeiras globais, desde a promulgação da CF de 1988 - compara-os "ao mais poderoso míssil nuclear dotado de múltiplas e mortais ogivas".⁴² O autor sabiamente utiliza uma metáfora para definir a cédula de crédito e o título de crédito, pois esses são instrumentos de poder e podem ser exercidos em favor da dominação e da exploração dos povos, principalmente dos países tidos como emergentes, que são subjugados por forças econômicas e por pressões internacionais

⁴¹ WALD, ob. cit., p. 77.

⁴² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 16, p. 139, 1999.

que, munidas por essas poderosas “armas”, não precisam gastar com verdadeiros armamentos bélicos para ostentar lugares de poder no panorama global.

4. A sublimação jurídica do caráter político do espaço local

Como a decisão jurídica contribui para esse exercício hegemônico do poder centralizado das redes financeiras globais? Uma questão é saber como o direito contribui para isso, que como sinalizado acima, ele pode simplesmente ser um instrumento normativo dessas políticas financeiras centralizadas em padrões internacionais definidos externamente, sem nenhuma participação popular local e sem nenhum respeito às especificidades da história, hábitos, costumes e tecnologias locais. Outra questão é saber como a decisão jurídica, que em tempos de pós-positivismo jurídico, poderia reagir a essas pressões políticas transacionais, com fundamento na própria realização de direitos fundamentais, dos quais o direito do consumidor é uma das suas inúmeras dimensões.

Seja por meio de legislações comprometidas como essas ideologias dos modelos hegemônicos de modernização tecnológica, seja por meio de anomias ou fissuras regulatórias cuidadosamente pensadas para constituírem-se espaços de liberdades comerciais imunes à responsabilidade, o direito cultivado internamente pode ser reflexo da ideologia ou do conceito político de desenvolvimento, ou de modernidade de cada época e lugar.

Mas a decisão judicial também contribui para esse cenário. Pois diferentemente do Século XIX, quando o positivismo legalista da Escola da Exegese proscovia a interpretação jurídica para que o juiz fosse apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, atualmente a decisão judicial se depara com inúmeras teorias, métodos, filosofias e concepções de interpretação, argumentação e de decisão jurídica. Então, não há mais, na realidade, a possibilidade de se decidir por uma determinada interpretação jurídica sob o pretexto de se estar simplesmente assumindo um compromisso com o texto da lei. Afinal, o texto da lei não possui mais um sentido unívoco, absoluto, completo e suficiente. Pelo contrário, desde Kelsen sabe-se que o texto legal sempre disponibiliza uma diversidade de possibilidades de interpretação, a partir das quais a decisão judicial deverá escolher uma, dentre as outras igualmente possíveis, interpretação jurídica.

Trata-se, inclusive, de uma questão de técnica legislativa dos anos oitenta e noventa, ocasião em que se acreditava que, utilizando conceitos mais abertos, cláusulas gerais, princípios indeterminados, o juiz poderia atualizar ou adequar a abertura do conceito para o caso concreto de modo mais justo e dinâmico. Essa ideologia persiste até hoje em alguns discursos jurídicos, especialmente no campo do direito privado, sobre os conceitos como boa-fé, função social, afetividade, etc.

Entendemos por sublimação jurídica do político aquela operação de blindagem dos discursos jurídicos diante da multiplicidade de razões de ordem política. Mas não no sentido de um fechamento ou isolamento violento em termos físicos, em termos de proibição de temas, de assuntos ou de sujeitos. Falamos de sublimação tomando esse conceito emprestado da psicanálise, no sentido de uma transfiguração de algo perturbador em algo inofensivo. Transformação de um discurso necessário em um discurso irrelevante. Transmutação de um discurso que toca o cerne do problema prático em um discurso irracional, equivocado ou simplesmente em desacordo com as estruturas previamente estabelecidas pelo contexto organizacional do próprio discurso.

Essa operação de sublimação acontece quando as razões jurídicas tornam-se obstáculo para as razões políticas. Não que isso seja algo ruim ou bom. Não se trata de um juízo de valor. Podemos refletir sobre essa questão em termos de problema e não em termos de juízo de valor. Até porque, a especificidade e a autonomia do jurídico talvez dependa de certo limite em relação aos discursos políticos da sociedade. Afinal, nem tudo que constitui problema para a agenda política de um determinado tempo e lugar pode ou deve ser tratado como uma questão jurídica.

Mas não podemos confundir sublimação jurídica do político com judicialização da política. Trata-se de questões muito diferentes. A questão da judicialização da política e também a da politização da justiça tem a ver com o problema de que nem tudo que é politizável deve ser, ao mesmo tempo, judicializável e vice-versa. Já a questão da sublimação jurídica do político tem a ver com isolamentos epistemológicos por meio dos quais o discurso jurídico se protege diante das pressões exercidas pela racionalidade diferenciada dos discursos políticos, os quais ele não consegue elaborar - a não ser sublimando-os. Judicialização da política e politização da justiça, portanto, são outras coisas. A sublimação jurídica do político não

tem a ver com judicializar questões políticas, mas sim com o esvaziamento do sentido político dos problemas sociais mediante sua transformação em um problema especificamente jurídico.

Talvez estejamos presenciando apenas um novo modo de sublimação jurídica do político, já que essa operação de blindagem discursiva do jurídico existe há muito tempo. A redução dos problemas sociais do início do Século XIX a questões de interpretação sintática de textos legais é um exemplo dessa sublimação. Como também são as restrições processuais para apenas algumas entidades poderem participar dos discursos oficiais dos processos judiciais, proibindo que terceiros “juridicamente” não interessados - embora socialmente muito interessados - possam se manifestar. As estratégias de sublimação podem ser várias e mudaram bastante com o passar dos tempos e das experiências jurídicas de cada época e lugar. A própria divisão da jurisdição segundo regras de competência funcional, também opera uma sublimação dos problemas, já que em razão da matéria, todo o restante da complexidade de um determinado problema social pode ser simplesmente abstraído, como se ele não fizesse parte do mundo, como se o isolamento disciplinar correspondesse a um isolamento da problemática jurídica do caso concreto. E assim, todos os demais aspectos políticos, econômicos, científicos, morais, estéticos do caso concreto ficam abstraídos da problemática jurídica: isto é sublimação jurídica.

5. A atuação ideológica sobre a discricionariedade da decisão.

Mas o problema da subjetividade - ou discricionariedade - da escolha por uma e não outra possibilidade de interpretação jurídica logo veio à tona. Motivando, assim, o surgimento de novas teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica. Reunidas sob o *slogan* do “pós-positivismo jurídico”, essas concepções apresentam *scripts* teóricos, esquemas metodológicos, regras procedimentais, fundamentos substanciais e vários recursos conceituais para guiar uma compreensão, segundo elas, mais adequada de interpretação, argumentação e decisão jurídica.

Dentre os primeiros esforços por uma nova concepção de interpretação, argumentação e decisão jurídica, destacam-se a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller,⁴³ a hermenêutica política de Ronald Dworkin,⁴⁴

⁴³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

⁴⁵ o pragmatismo de Richard Posner,^{46 47} a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy,^{48 49} o jurisprudencialismo de Castanheira Neves,⁵⁰ as concepções baseadas na tradição da hermenêutica filosófica de Heidegger⁵¹ e Gadamer,⁵² bem como, nos últimos anos, os movimentos do direito e literatura, dos estudos críticos do direito, as concepções sistêmicas e a teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas.⁵³ Para sinalizar só as mais conhecidas e desenvolvidas no mundo jurídico ocidental.

Essas concepções constituem uma constelação de discursos diferentes sobre a realização prática do direito - sobre a interpretação, argumentação e decisão jurídica. Um universo pluriversal de métodos, de filosofias, de pressupostos e de objetivos. Algumas são tão diferentes das outras que sequer há como comensurá-las em termos de paradigma. Mas uma coisa todas possuem em comum: a tentativa de reaproximar os discursos técnico-jurídicos dos discursos prático-gerais, de modo a resgatar-se a legitimidade da decisão jurídica. Ou em outros termos, de modo a se procurar não apenas a segurança e a correção formal da decisão jurídica - como prometida pelo positivismo clássico -, tampouco só a legitimidade e a aceitação social da decisão - como prometida pela Escola Histórica do Direito, pelo Movimento do Direito Livre e pela Jurisprudência dos Interesses -, mas sim uma mediação entre segurança e legitimidade. Um equilíbrio entre segurança formal e legitimidade material. Este é um ponto em comum e, talvez, o único ponto em comum.

Mas como um método de interpretação, argumentação e decisão jurídica despolitiza o discurso jurídico? Como uma metodologia de interpretação jurídica sublima a dimensão política do discurso jurídico? Uma

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁴⁶ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁴⁷ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2008.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁴⁹ *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.

⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.

⁵² GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

metodologia, como se sabe, constitui-se por um conjunto sistematizado de regras procedimentais para a condução do pensamento ou do raciocínio, com vistas a uma conclusão ou uma solução. Uma metodologia nada mais é do que um instrumento de mediação entre um problema e uma solução. Um método, portanto, é um modo especial de realizar uma conexão entre problema e solução, entre pergunta e resposta, entre indagação e conclusão.

No campo das metodologias da interpretação jurídica, pode-se encontrar a mesma estrutura de mediação entre problema e solução, muito embora uma concepção teórica possa ter um imaginário diferente sobre um mesmo problema, como também pode partir de um problema diferente para conectar uma solução. Em termos gerais, contudo, um compromisso metodológico com a interpretação jurídica significa assumir como válidos alguns pressupostos que, pela assunção mesma do método, já se tornam inquestionáveis.

Um exemplo disso se pode encontrar, na práxis jurídica brasileira, quando um discurso jurídico argumenta a necessidade de ponderação para o problema da colisão entre princípios.⁵⁴ Ora, para uns parece óbvio hoje em dia que, constatando-se a existência de uma colisão de princípios, deve-se realizar então a ponderação. Para outros, parece óbvio que diante de colisões de preceitos fundamentais, torna-se necessário aplicar o princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade. Mas em primeiro lugar, não há nenhuma norma jurídica válida que tenha instituído este método - e não outro - de interpretação-argumentação-decisão jurídica. Este tipo de metodologia é resultado de uma construção específica do procedimentalismo metodológico de Robert Alexy.⁵⁵ E podemos dizer que é um interessante método de interpretação-argumentação-decisão jurídica. Mas não é o único. Em segundo lugar, essa necessidade metodológica também não tem fundamento, já que se pode chegar a soluções também por outras vias não metodológicas, como é o caso da hermenêutica filosófica, do desconstrutivismo, dentre outras filosofias da interpretação jurídica. E em terceiro lugar, esse imaginário brasileiro das colisões e consequente necessidade imaginária de ponderação pressupõe que realmente existe um problema de colisão entre princípios ou entre preceitos fundamentais, quando na verdade,

⁵⁴ ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In: _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-161. p. 139.

⁵⁵ ALEXY, ob. cit., 1993.

o problema das colisões é um problema estruturado especificamente pela própria metodologia que visa solucioná-lo.

A metodologia procedimentalista de Robert Alexy - e estamos citando esta por seu generalizado uso na práxis jurídica brasileira -, que fala em colisão, ponderação, proporcionalidade, é uma metodologia que só funciona se, se aceita o argumento primário dela, qual seja, o da existência de colisões entre princípios. Para isso, torna-se necessário aceitar também como pressuposto inquestionado que realmente existe uma diferença entre princípios e regras e que essa diferença pode ser demonstrada na práxis jurídica. Outra concepção teórica da interpretação pode, contudo, partir de outros pressupostos, como, por exemplo, o fato de que não existe essa diferença entre princípios e regras e, portanto, não há colisão entre princípios e contradições entre regras, mas sim um problema de integridade e coerência entre as forças gravitacionais de princípios de moralidade política, como é o caso da hermenêutica de Ronald Dworkin.⁵⁶

Mas também em Dworkin é necessário aceitar alguns pressupostos como inquestionados para que seu método interpretativo possa florescer na forma da decisão jurídica correta. É necessário aceitar, por exemplo, que realmente existem princípios de moralidade política capazes de produzir fortes convicções a respeito do que é certo e do que é errado. Mais ainda: é necessário acreditar que ainda existam princípios-fundamentos de moralidade política de uma determinada comunidade, não só suficientemente fortes para justificar a correção substancial de uma decisão jurídica, como também suficientemente generalizáveis para fundamentar a correção da decisão em uma perspectiva um pouco maior do que o âmbito da cultura local - com suas tradições locais, costumes locais, hábitos locais, ideais de vida boa locais, enfim, um universo normativo paradoxalmente local.

No Século XX torna-se não apenas temerário fundamentar uma interpretação-decisão jurídica em princípios de moralidade política da comunidade - porque sequer pode ser realizada a decisão que constitui a sua existência enquanto narrativa de integridade -, mas, sobretudo torna-se um ato de fé, de crença, uma atitude de acreditar que, em um mundo absolutamente fragmentado em termos de convicções morais (princípios) e éticas (valores), seria possível produzir uma decisão jurídica com uma força de convicção suficientemente geral e concreta para brindar a história do direito

⁵⁶ DWORKIN, ob. cit., p. 231.

com um novo capítulo enriquecedor da cultura jurídica. Vivemos em um mundo no qual cada ser humano é único em sua individualidade, em seus valores, em suas convicções, crenças, hábitos e ideais de vida boa. Sequer o recurso à comunidade, talvez a última abstração discursiva que ainda subsista com força retórica para designar a unidade de uma pluralidade de modos de vida, pode seriamente justificar uma convicção de moralidade política - não particular, não privada - forte o bastante para fazer florescer a decisão jurídica correta. Simplesmente porque o conceito de comunidade homogeniza não só a diversidade de culturas e modos de vida que podem conviver nessa comunidade, mas, sobretudo hegemoniza a moralidade comunitária de apenas uma classe social. Ora, esse tipo de conceito de moralidade política só é possível em sociedades de uma só classe social.

A solução então parece ser apenas uma única via: a da intersubjetividade, a do consenso intersubjetivo, a da democracia em termos de uma racionalidade comunicativa.^{57 58} Com efeito, o aumento da participação dos envolvidos no âmbito do discurso aumenta também o grau de legitimidade e, portanto, de validade de uma proposição realizada nesse âmbito. Assim, poder-se-ia supor que, para os problemas da interpretação, argumentação e decisão jurídica, nada mais sensato do que deslocar a discussão, do solipsismo de um juiz Hércules, para um discurso mais aberto à participação de todos os possíveis afetados. Pois a interpretação jurídica correta não é aquela que alguém, por mais sábio ou especialista que seja, possa realizar sozinho em nome de algo. Mas sim aquela interpretação que é realizada construtivamente, a partir de uma discussão pública racional, a partir de um debate aberto a todas as considerações possíveis e a todas as pessoas direta ou indiretamente afetadas pela interpretação, no âmbito da qual a única força que deve prevalecer é a força dos melhores argumentos.

Entretanto, nesta perspectiva do procedimentalismo discursivo de Habermas, também há uma necessidade de aceitação prévia de pressupostos metodológicos. A distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, desenvolvida por Klaus Gunther⁵⁹ e reformulada por Habermas,⁶⁰ ilustra a necessidade da imposição de fronteiras

⁵⁷ HABERMAS, ob. cit., p. 15.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, 2001. p. 769.

⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 23.

⁶⁰ HABERMAS, ob. cit., p. 272.

metodológicas, para as quais, paradoxalmente, não há possibilidade de discussão no âmbito de um discurso racional. Quer dizer, não são só os princípios da universalização e da ética do discurso, com suas regras de inclusão discursiva e publicidade, exclusão de enganos, não coação e direitos comunicativos iguais,⁶¹ que constituem os pressupostos formais para um espaço regrado de discussão pública racional. Essa metodologia exige a aceitação implícita também de pressupostos metodológicos que transitam simbolicamente pelo discurso da própria teoria, como é o caso da crença, diante da tragédia da relação sujeito-objeto, na intersubjetividade. Como se a intersubjetividade pudesse garantir a correção, a verdade ou a sinceridade em uma proposição performativa.

Com efeito, a intersubjetividade - e com ela também a noção de democracia - permite compartilhar o risco dos efeitos colaterais. Ela des-trancendentaliza a responsabilidade por uma interpretação-argumentação-decisão jurídica equivocada. Se tudo sair bem, viva a democracia. Mas se os efeitos colaterais futuros da decisão tornarem-se visíveis a ponto de poderem ser atribuídos à decisão, então tudo bem também, pois a responsabilidade se torna compartilhada intersubjetivamente por todos os participantes do discurso, por todos os possíveis afetados pela decisão. Cria-se assim uma diferença entre decisores e afetados, entre quem corre riscos e quem sofre perigos, entre quem decide e quem é afetado pela decisão.

E o que dizer então da metodologia pragmatista de Richard Posner,⁶² que recomenda uma análise de consequências da decisão jurídica segundo critérios ligados à eficiência, que sequer considera os elementos presentes nas reflexões dos parágrafos anteriores? Sem dúvida, a economia justifica exclusões, catástrofes sociais e a manutenção de desigualdades e contradições agressivas. E ela assim o faz usando o discurso da escassez. A escassez é a chave simbólica que justifica qualquer exclusão. Nós aceitamos a apropriação privada de bens escassos porque nós também nos apropriamos de bens escassos. A economia só não funciona para quem realmente não tem mais nada a perder. Os pragmatistas, portanto, podem olhar para uma imagem econômica das consequências futuras da decisão jurídica, dando as costas para os compromissos com as convenções políticas do passado (leis, precedentes, doutrinas ou outras

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 161.

⁶² POSNER, ob. cit., p. 60.

fontes válidas conforme o sistema em que se trabalha). Podem também apontar o dedo criticamente para as decisões jurídicas que aplicaram as leis do passado e produziram efeitos colaterais desastrosos. Mas devem assumir um pressuposto rigoroso: o de que o direito seria dispensável diante das demais exigências sociais, especialmente das exigências da eficiência econômica em relação aos efeitos pragmáticos das decisões jurídicas.

6. A construção imaginária do problema e da solução jurídica

Como se pode ver nestas reflexões, as principais concepções metódicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica, presentes nos discursos jurídicos contemporâneos, constroem um horizonte de sentido que pretende estabelecer um tipo de relação especial entre problema e solução ou entre indagação e conclusão. Cada um desses métodos interpretativos parte de uma “construção imaginária” diferente, para conduzir o raciocínio para um objetivo diferente, mas com uma característica em comum: no fundo, esses métodos apresentam-se como instrumentos de conexão ou de mediação entre problema e solução. São instrumentos diferentes, que convocam valores, conceitos e princípios diferentes. Mas que em termos estruturais, desempenham exatamente a mesma finalidade: construir um imaginário jurídico-discursivo a respeito da problematidade do direito, disponibilizar um instrumental de regras e procedimentos que transformam a problemática em uma solução na forma de uma decisão inofensiva e, por fim, justificar o caráter inofensivo da decisão/solução com base na sua própria capacidade de mediação discursiva entre o problema e a decisão/solução jurídica.

Tal como já observado por Maturana,⁶³ as metodologias, de um modo geral, produzem discursos científicos que se justificam a si mesmos. Pois um discurso metodológico não conduz apenas a uma solução: ele conduz também à construção imaginária do problema. Um discurso metodológico constrói tanto a solução, quanto o problema. Basta considerar, a título de ilustração, que o problema da colisão entre dignidade e liberdade em um caso concreto envolvendo um trabalhador em situação indigna, mas que por motivos pessoais anseia por continuar a exercer aquele trabalho, pode ser interpretado como um problema de colisão autêntica de direitos fundamentais. Mas pode ser também interpretado, em outro sentido, como

⁶³ MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001. p. 134.

uma questão de compreensão da problemática jurídica do caso concreto, pois não há dignidade sem liberdade, como também não há liberdade sem dignidade. Então, o problema pode não ser um problema de colisão. Ele pode ser um problema de entendimento, de compreensão da verdadeira problemática jurídica do caso.

Quem estuda apenas o procedimentalismo de Robert Alexy vai ver o mundo cheio de colisões entre princípios fundamentais a esperar pela aplicação da máxima da proporcionalidade, com seus três juízos de adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, para depois, em último caso, recorrer à fórmula peso e, ainda assim, se nada der certo, recorrer a argumentos morais para justificar um juízo de precedência de um princípio em relação a outro. Mas quem, por outro lado, estuda uma concepção antagonista de interpretação, como é a hermenêutica política substancialista de Ronald Dworkin, vai ver o mesmo mundo com um horizonte de sentido bastante diferente: ao invés de colisões esperando por ponderações, integridade a convocar princípios de moralidade política. E isso acontece com as demais perspectivas também. Pois uma metodologia não é apenas um caminho para se chegar a um objetivo. Ela também é uma visão de mundo, uma visão do caminho, do objetivo que constitui a chegada e também do ponto de partida. Um imaginário que não apenas conduz o raciocínio desde um problema até uma solução determinada, mas um imaginário que constrói o próprio sentido do problema para conduzi-lo a uma solução.

Conclusão

Se essas reflexões fazem sentido para uma intelecção diferenciada da nossa práxis jurídica, e em especial às praxes do Direito do Consumidor, então podemos observar, por suposto, que as concepções metodológicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica transformam o sentido político do problema social em um sentido especificamente jurídico. E isso significa, de acordo com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann,⁶⁴ transformar um problema político de atribuição democrática da responsabilidade pela solução entre governo e oposição em um problema jurídico de decisão entre lícito e ilícito.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 407.

Assim, a racionalidade do discurso jurídico fica mantida sob o preço da perda do caráter político da questão. Pois uma vez controlados metodologicamente os argumentos válidos para uma decisão jurídica correta, o debate político já não possui mais espaço para seu desenvolvimento, já se encontra sublimado pela forma especificamente jurídica da diferença entre o lícito e o ilícito.

Em outras palavras, ao aplicar-se corretamente uma - dentre outras - metodologias da interpretação, argumentação e decisão jurídica, a decisão já está assumindo uma estrutura ideológica e previamente estruturada de definição tanto da problemática jurídica, quanto da sua solução. E sob os pretextos da segurança, previsibilidade, racionalidade e legitimidade da escolha, essas concepções metodológicas da interpretação/argumentação/decisão jurídica despolitizam o discurso jurídico, para reduzi-lo a uma única e simplificada questão de metodologia.

O espaço local, onde pululam diversas pretensões, interesses, perspectivas, experiências e vivências, acaba ficando fora da racionalidade da decisão judicial. Pois, sob a técnica metodológica do discurso jurídico, não há espaços para outras discussões que não a linguagem já conformada pela estrutura prévia dos discursos técnico-jurídicos. Mas ao mesmo tempo em que esse discurso técnico-jurídico “fechado” em padrões metodológicos de interpretação jurídica é praticado na práxis jurídica, esse fechamento em relação ao caráter político do espaço local significa também uma abertura à política hegemônica dos espaços de colonização global. Pois quando se homogeniza a diversidade e a riqueza do conjunto das experiências, vivências e práticas políticas locais, hegemoniza-se um padrão já definido em nível global.

Referências

ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In: _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Tradução Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BITOUN, Jan. O intraurbano: a geografia e o urbanismo. In: SILVA, José Borzacchiello da et al (Org.). *A cidade e o urbano: temas para debates*. Fortaleza: EUFC, 1997.

BONETI, Lindomar Wesler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Unijuí, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

_____. The forum of principle. In: _____. *A matter of principle*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GURVITCH, Georges. *Las formas de la sociabilidad*. Buenos Aires: Losada, 1941.

_____. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, 2001.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. Modernidad: un proyecto incompleto. In: CASULLO, Nicolás (Org.). *El debate modernidad/posmodernidad*. Buenos Aires: El cielo por asalto, 1990.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEFÈBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 1, 2011.

MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *The economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2008.

ROCA, Javier García. El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. *Reala - Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid: INAP - Instituto Nacional de Administración Pública, n. 282, enero/abr., p. 23-70, 2000. SADDI, Jairo. O novo acordo da Basiléia. *Revista de Direito Bancário*. RDB 20/2003, abr./jun. 2003.

SANTOS, Milton. *Espaço e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1982.

_____. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008.

_____. *O espaço dividido*. São Paulo: Edusp, 2004.

_____. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SITO, Santiago Artur Berger; VIEIRA, Gustavo Oliveira; PENNA, Luciana Rodrigues. *Da sociedade em rede à interconstitucionalidade: a interlocução entre Castells e Canotilho*. Salvador: Conpedi, 2008.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 116, 1999.

WALD, Arnaldo. A recente jurisprudência bancária do STF e o fortalecimento do direito público bancário. *Revista de Direito Bancário*. RDB 23/2004, jan./mar. 2004.

_____. O direito a serviço da economia: o novo direito bancário. *Revista de Direito Bancário*. RDB 27/2005, jan./mar. 2005.

_____. O papel pioneiro do direito bancário. *Revista de Direito Bancário*. RDB 29/2005, jun./set. 2005a.

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

EMIR LÓPEZ BADILLO*

Introducción

Una de las afirmaciones más fascinantes del mundo jurídico, es la que nos indica que “los derechos humanos están en todas las áreas”. Básicamente, están presentes en todo momento de las relaciones humanas, generen o no consecuencias jurídicas. La riqueza de los derechos humanos se cimienta tanto en la diversidad que existen de ellos como en el origen plural que los sustenta.

Afirmación que es totalmente cierta y a la que debemos adaptarnos como sociedad. El iusnaturalismo ha puesto de manifiesto que el Estado no posee ese poder generador de derechos, cuya fuente radica en las relaciones humanas y en la plena realización de la persona. En todo caso, la capacidad generadora del Estado va enfocada a establecer los mecanismos de goce, disfrute y defensa de todos aquellos derechos propiedad del ser humano.

Este es el punto de partida del presente trabajo, que toma como eje al consumidor y sus derechos por un lado, y por otro, al Estado y sus herramientas de protección, específicamente la ley de la materia. Bajo esta tesis, habrán de hacerse comentarios y reflexiones en torno a la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC)¹ con el ánimo de enriquecer el debate sobre los derechos del consumidor. Especialmente en los tiempos actuales, donde nos hemos manifestado como una sociedad abierta al consumo, a las ofertas, a las compras y al crédito; una sociedad donde se ha desarrollado toda una industria respecto a estos temas.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Investigador de El Colegio del Estado de Hidalgo (México) y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle Pachuca (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (México) desde el año 2008. Correo electrónico: <emir64@hotmail.com>.

¹ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Diciembre de 1992 y cuya última reforma fue publicada el pasado 31 de Diciembre de 2013.

1. Concepto de consumidor

Para adentrarnos en el tema, es preciso conceptualizar al sujeto generador de derechos cuya tutela corre a cargo del Estado: *el consumidor*. Término tan arraigado en nuestra sociedad, que ya resulta habitual utilizarlo sin detenernos a reflexionar sobre la dimensión de su acepción. Está ligado a la economía, específicamente con aquella persona que demanda bienes o servicios y para adquirirlos realiza compras ya sea directamente a un productor o a un intermediario.

Para la Real Academia Española de la lengua, consumidor es una persona u organización que *consume bienes o servicios proporcionados por el productor o proveedor de servicios. Persona o conjunto de personas que satisfacen sus necesidades mediante el uso de los bienes y servicios generados en el proceso productivo*. Concepto interesante porque engloba las distintas complejidades en las que esta persona puede recaer, al tiempo de establecer la pauta de los posibles derechos a tutelar por parte del Estado, que más adelante comentaré. Mientras que para la economía, es la persona capaz de comprar bienes o servicios para su satisfacción personal, haciendo especial énfasis en la capacidad de su poder adquisitivo como medio indispensable para llegar al consumo.

Desde el punto de vista legal, llama la atención que se han construido pocas definiciones legales sobre el término, todas inciden en la misma idea, de tal suerte que resulta pertinente remitirnos al artículo 2 fracciones I y II de la LFPC, que establece lo siguiente:

I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley. Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad

Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.

II. Proveedor: la persona física o moral en términos del Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.

Términos a los que más adelante nos referiremos con detenimiento. De momento, es suficiente precisar que el consumidor viene a ser el último eslabón de una larga cadena productiva que finaliza cuando el bien adquirido llega a sus manos. A él van dirigidas las campañas publicitarias, las ofertas, las promociones, las opciones de crédito y todos los esfuerzos de productores e intermediarios que tienen como objetivo final vender sus productos al mayor número de consumidores posibles. Esta dinámica capitalista, o más específicamente hablando consumista, es la que lleva a pensar en estrategias del Estado para tutelar los derechos del consumidor.² De no ser así, quedaría en condiciones de total vulnerabilidad ante los proveedores de bienes y servicios.

En una sociedad anclada en el comercio, como la que vivimos, deben generarse las garantías jurídicas suficientes para proteger a este último eslabón de la cadena. Ni el Estado, ni mucho menos la sociedad deben olvidarse que el consumidor tiene derechos y deben ser respetados en todas las actividades comerciales. El fabricante, el proveedor, el intermediario, el publicista y todos los que intervengan en la cadena productiva de bienes y servicios, deben tener presente que frente a ellos existe una persona con capacidad adquisitiva o crediticia dispuesta a consumir lo que le han ofrecido. Persona cuyos derechos deben ser tomados en cuenta y respetados; al tiempo de protegidos por las instituciones del Estado para asegurarle que no serán vulnerados en aras de lograr beneficios comerciales o económicos por parte de quienes comercializan bienes y servicios.

En este sentido, Pérez Valera³ afirma que las definiciones legales de consumidor se han construido desde la base de la relación contractual del usuario de bienes y servicios, sin embargo debemos evolucionar

² VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. En: *Vniversitas*, n. 119, Bogotá, Colombia, p. 305-340, jul./dic. 2009.

³ PÉREZ VALERA, Víctor M. Deontología de los derechos y deberes del consumidor. En: *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 37, México, p. 63-80, 2007.

sacando de la pasividad al consumidor para colocarlo en un papel activo e influyente dentro de la cadena productiva, esto haría mucho más humana la protección de sus derechos.

2. Antecedentes generales

El reconocimiento a los derechos del consumidor comenzó a realizarse a partir de la segunda mitad del siglo XX. Fue en Estados Unidos donde se esbozaron algunos documentos encaminados a este fin. Como lo relata Ovalle Favela,⁴ fue en 1962 cuando se propuso una legislación encaminada a asegurar el pleno ejercicio de cuatro derechos de los consumidores: derecho a la seguridad; derecho a ser escuchado; derecho a ser informado y derecho a elegir libremente.

Europa no quedó atrás en este movimiento inercial, muestra de ello fue la Carta Europea de Protección a los Consumidores⁵ cuyo texto establecía cuatro derechos fundamentales: derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores; derecho a la reparación del daño que resienta el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos; derecho del consumidor a la información y a la educación; derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados en diversos organismos, para expresar opiniones sobre decisiones políticas y económicas inherentes a la disciplina del consumo. Documento que se convertiría en la base de posteriores ordenamientos tanto de Europa como de muchas partes del mundo.⁶

Para 1975 y en 1981, surgieron dos programas preliminares para una política de Protección e Información a los Consumidores, que de manera independiente coincidieron en reconocer cinco derechos fundamentales del consumidor: a la protección de la salud y la seguridad; a la protección de los intereses económicos; a la reparación de los daños; a la información y a la educación; derecho a la representación (derecho a ser escuchado). Finalmente, una tercera etapa evolutiva la tenemos cuando

⁴ Al respecto véase OVALLE FAVELA, José. Los derechos de los consumidores. En: *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, n. 12, p. 75-111, sept./dic. 2005.

⁵ Documento elaborado por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y adoptado por la Asamblea Parlamentaria de Estrasburgo el 17 de mayo de 1973.

⁶ Véase POCAR, Fausto. Iniciativas internacionales para la protección de los consumidores. En: *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 14, p. 1055-1069, 1981.

tales temas fueron incorporados al “Tratado de la Unión Europea”⁷ y al “Tratado de Ámsterdam”.⁸

Mientras que la Asamblea General de la ONU emitió las Directrices para la Protección al Consumidor⁹ que establecen las bases políticas y legislativas que deben seguir los Estados en este tema en particular. Documento que reconoce seis derechos fundamentales de los consumidores:

- La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad.
- La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores.
- El acceso a los consumidores de una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual.
- La educación del consumidor.
- La posibilidad de compensación efectiva del consumidor.
- La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que les afecten.

Como es de notarse, hay mucha similitud en los derechos protegidos tanto por la Unión Europea, como por la ONU. Ambas pusieron en el escenario internacional los derechos de los consumidores y urgieron a los Estados a generar mecanismos legislativos de protección a los mismos así como a establecer instituciones y políticas públicas que les dieran contenido. En consecuencia, los ordenamientos nacionales que habrían de surgir en los años posteriores, solo tenían como base estos dos precedentes internacionales, ambos complementarios y de una alta similitud en sus planteamientos. Sin embargo, no es motivo de esta investigación realizar un recorrido histórico que refleje esta evolución normativa.¹⁰ Lo importante es destacar el origen e interés institucional por brindar certeza jurídica a los consumidores de bienes y servicios.

⁷ Firmado en Maastricht, Holanda el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

⁸ Firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor a partir del 1 de mayo de 1999.

⁹ Resolución 39/248 de fecha 9 de abril de 1985.

¹⁰ Véase QUIROZ RUÍZ, Sara Luz C. México en la protección económica del consumidor previa a la contratación. En: *Letras Jurídicas*, n. 15, año 8, enero/jun. 2007.

Por lo que hace a México, una de sus características más distintivas en materia internacional ha sido su disposición a la apertura comercial. Muestra de ello, es que en 2014 se cumplen 20 años del inicio del Tratado de Libre Comercio para América del Norte¹¹ (NAFTA por sus siglas en inglés), documento que le significó a nuestro país establecer importantes nexos comerciales con dos de las economías más grande del mundo (Estados Unidos y Canadá).

Inercia que no concluyó ahí, a los pocos años vendrían otras alianzas comerciales, con la Unión Europea,¹² Mercosur,¹³ la Asociación Europea de Libre Comercio,¹⁴ Israel¹⁵ o Japón,¹⁶ solo por citar algunos; tan es así que actualmente México ha suscrito tratados de libre comercio con más de 50 países. Cifra que lo convierte en una de las economías más activas a nivel mundial. Han sido dos décadas continuas en las que México ha trazado una estrategia de política internacional cuya medida del éxito es la firma de acuerdos y el consecuente incremento de socios comerciales.

Para lograrlos ha tenido que ajustar su legislación; se estima que en el periodo ubicado entre 1989 a 1993 la tarea legislativa del Congreso Mexicano fue ardua. Durante esos años se crearon y modificaron diversas leyes generales con miras a adelgazar la capacidad de control del Estado sobre los bienes de producción a favor de una economía de libre mercado, así como a permitir la entrada indiscriminada de capital extranjero en igualdad de circunstancias que el mexicano. Periodo de ajustes legislativos en el que se enmarca la ley motivo de este análisis, misma que surge debido a la necesidad de tener un mecanismo legal que brinde protección al consumidor mexicano en medio de esta avalancha de productos, bienes

¹¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 y en vigor desde el 1 de enero de 1994.

¹² Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y México (TLCUEM) publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2000 y en vigor desde el 1 de julio del año 2000.

¹³ Asociación cuyos miembros plenos son: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Particularmente en este caso, no existe un tratado de libre comercio con México, se ha suscrito Acuerdo de Complementación Económica, en vigor desde el 5 de enero de 2006, cuyo objetivo es dar continuidad a los trabajos hasta la firma de un TLC.

¹⁴ Asociación integrada por Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza cuyo acuerdo de libre comercio con México fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2001 y en vigor desde el 1 de julio del mismo año.

¹⁵ Tratado de Libre Comercio entre México e Israel, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio del 2000 y en vigor el 1 de julio del mismo año.

¹⁶ Acuerdo de Asociación Económica publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2005 y en vigor el 1 de abril del mismo año.

y servicios que le llegaban con motivo de la apertura comercial a la que México le daba la bienvenida.

3. Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992

a) Antecedentes

México, fiel a una política exterior caracterizada en formar parte de las tendencias que marca la inercia internacional, fue uno de los primeros países que generó una legislación aplicable a la materia. La primera LFPC data de 1975¹⁷ y mostraba un sesgo hacia la regulación de la publicidad, más que la protección de los derechos del consumidor, a través de una serie de disposiciones que debería cumplir todo proveedor de bienes o servicios; en caso contrario imponía importantes sanciones económicas a través de multas. Aunque, como dato curioso es pertinente mencionar que contemplaba la posibilidad de presentar acciones colectivas de protección a los derechos del consumidor,¹⁸ sin embargo, nunca se emplearon mientras estuvo en vigencia esta ley. Surgió cuando México seguía un modelo económico basado en la sustitución de importaciones en el que se daba poco interés tanto a la entrada de mercancías extranjeras como, en general, al comercio internacional.

Realidad que cambia a principios de los años noventa, y especialmente después de la apertura mexicana al libre comercio, lo que llevó a la necesidad de modificar una serie de leyes, entre otras, la de protección al consumidor, para orientarlas al nuevo modelo económico.

Es así como 18 años después surge la actual LFPC,¹⁹ integrada por 143 artículos y con una reciente reforma publicada el 31 de diciembre de 2013, entendida como la legislación encargada de proteger los derechos de los consumidores, establecer medios para su ejercicio, sancionar a los proveedores de bienes y servicios y dar especial atención a mecanismos de defensa legal necesarios para garantizarles la mayor protección posible a sus derechos.

Mención aparte merecen los usuarios de servicios financieros, bancarios, de seguros y fianzas (artículo 5 de la LFPC), cuyos derechos

¹⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1975 y en vigor desde el 5 de febrero de 1976.

¹⁸ Como se contempla en Brasil desde 1977, incluso elevadas a nivel Constitucional.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 y en vigor al día siguiente.

serán protegidos por una ley específica para esta materia, así como, por la Comisión para la Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF). Tales servicios y usuarios, no serán motivo de análisis en este momento, así que no profundizaremos al respecto.

b) Derechos contemplados en la LFPC

La reforma constitucional de 2011, vino a dejar en claro que en toda acción realizada por el Estado deben anteponerse los derechos humanos, priorizando su respeto y plenitud de vigencia. Esto llevará a que el Estado mexicano revise su legislación con una visión diferente, en la que priorice a la persona y su cúmulo de derechos que le dan contenido.

La materia económica no queda exenta a esta revisión. Los derechos humanos inciden de manera transversal en todas las acciones del Estado; la universalidad viene a ser el hilo conductor que motiva las adecuaciones legales y las actuaciones del Ejecutivo. Se tiene que lograr la igualdad entre dos grupos que se sitúan a extremos diferentes de la cadena productiva, cuya naturaleza es propia y, hasta cierto punto, opuesta; unos, los productores y proveedores, situados en el derecho privado y los otros, los consumidores, situados en el ala de los derechos sociales.

En opinión de Caballero,²⁰ es necesario precisar con claridad la protección constitucional de los derechos de los consumidores asegurando su necesario reconocimiento y tutela como verdaderos derechos fundamentales de tipo económico, pero ubicados en el rubro de dimensión de los derechos sociales. Cuando este ascenso constitucional se concrete se habrá hecho un planteamiento de fondo de los derechos económicos, sociales y culturales reubicándolos en su justa dimensión y sin las acotaciones que actualmente conservan.

Esta precisión aún no se ha establecido de manera clara; bien es cierto que se habla de derechos de los consumidores, pero en las leyes secundarias mexicanas, no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). La mayor aproximación constitucional que tenemos respecto a este tema, la encontramos en el párrafo tercero del artículo 28 en cuya redacción encontramos la protección al consumidor pero en dos niveles de alcance diferentes.

²⁰ CABALLERO OCHOA, José Luis. *La protección de los derechos del consumidor. Una perspectiva de los derechos fundamentales y en relación con el caso de México. Jurídica. En: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 37, p. 361-374, 2006.*

En un primer momento se menciona: “*Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional*”. Aseveración constitucional que a todas luces refleja que el asunto de fondo es la economía nacional, ya que busca evitar proteger la libre concurrencia. Tan es así, que al entrar a la lectura de la legislación secundaria, en el artículo octavo de la LFPC se establece que la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO), instancia encargada de vigilar el cumplimiento de esta norma habrá de vigilar: “[...] *que se cumplan los precios máximos establecidos en términos de la Ley Federal de Competencia Económica [...]*”

Bien es cierto que, se establecen sanciones para quienes acaparen productos y bienes de consumo, pero no por el hecho de proteger originariamente a los consumidores y sus derechos, sino para dejar a salvo los beneficios de la economía de libre mercado. El verdadero alcance de esta protección va dirigido al mercado interno y a la libre concurrencia de bienes y servicios en un entorno de competencia para los oferentes y no de garantías plenas para el consumidor y sus derechos, tanto en lo individual o como colectivo social. En consecuencia, este nivel de protección no tiene como destinatario los derechos de los consumidores, con lo cual la mención constitucional se relativiza en el verdadero alcance de los derechos que tutela para caer en una garantía jurídica a favor de la economía interna, en el mejor de los casos.

De manera tenue se esboza un segundo nivel de protección a los derechos del consumidor al encontrar un aparente enfoque social a ese tipo de derechos cuando leemos en el propio artículo 28 que: “*La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses*”.

Al respecto, Caballero²¹ apunta que esta redacción marca la pauta para generar la ley reglamentaria de esta materia al tiempo de dejar establecido que el ejercicio de este tipo de derechos tendrá una dimensión social, sin que ello quede claramente establecido. A este tipo de adecuaciones se refiere cuando establece que la constitucionalización de los derechos de los consumidores exige definirlos adecuadamente en su contexto social, alejado del económico y su consecuente protección actual.

²¹ Op. cit.

Los consumidores son un conglomerado social de gran importancia, con sus acciones mueven a la economía y estimulan el comercio, sin embargo, pese a los 40 años de avances en el contexto internacional, aún podemos afirmar que existen limitados logros a favor de la defensa de sus intereses y conquista de sus derechos. Tan es así, que para conocer los derechos de los consumidores protegidos en la legislación mexicana, es necesario remitirse a la legislación secundaria que ha quedado prevista en la CPEUM. La LFPC no solo los enlista, sino que establece los mecanismos a seguir para su ejercicio y tutela y prevé las sanciones a que se harán acreedores quienes los vulneren.

Ovalle Favela²² atinadamente apunta que la actual LFPC toma como base el artículo sexto del Código brasileño de Defensa del Consumidor²³ pero sustituye la expresión “derechos básicos” por la de “principios básicos”, decisión desafortunada que genera confusión al momento de interpretarse. Más allá de esta acotación, la LFPC tiene dos marcadas influencias, tanto el Código brasileño de 1990 como las Directrices europeas de 1975. De esta manera su artículo primero enlista como principios básicos en las relaciones de consumo los que a continuación transcribo:

- I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
- II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;
- III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;
- IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;
- V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores;

²² OVALLE FAVELA, José. *Derechos del Consumidor*. México: UNAM, 2000.

²³ Ley Federal 8.078, del 11 de septiembre de 1990.

VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos;

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios;

VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;

IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento;

X. La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, y

XI. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores que, sin contravenir las disposiciones de esta ley, sean garantes de los derechos del consumidor.

Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Por la importancia del tema y la transversalidad que de por sí tienen los derechos del consumidor (como derechos humanos), es pertinente realizar algunas acotaciones respecto a los mismos. En consecuencia, haré algunas reflexiones, propias y tomadas de la doctrina, respecto a tales tutelas y su manera de abordarlas; particularmente las relacionaré con numerales posteriores de la LFPC en los que se da contenido a los derechos tutelados. No debemos olvidar que los derechos establecidos en una norma, son enunciaciones abstractas, realizables y generales; su verdadero contenido viene cuando en el propio texto legal se desarrollan y definen las implicaciones que habrá de tener. De ahí la necesidad de relacionar los derechos establecidos en el artículo primero de la LFPC con el resto de su texto; esto nos permitirá dimensionar sus verdaderos alcances así como las obligaciones atribuidas tanto al Estado como a los productores y proveedores de bienes y servicios para su cumplimiento.

I. La protección a la vida

Se trata del primero de los derechos. Es considerado como indispensable ya que es el más importante de todos. Si el Estado no se preocupa por la salud y la vida de sus gobernados, en este caso como consumidores, estará generando una ausencia importante en sus niveles de protección. Al tutelarse este derecho se están evitando problemas de salud pública, contagios y en general todos aquellos daños a la salud de las personas por consumir productos alimenticios, fármacos o de cualquier otro tipo que sin el debido cuidado le representarían un riesgo nocivo.

México ha suscrito importantes tratados internacionales que protegen la vida, de tal suerte que por su sola enunciación se explica la presencia de este derecho en la LFPC. Aunque resulta interesante que se equipare en la misma categoría de protección a la vida, la salud y la seguridad de los consumidores, decisión que nos parece efectiva ya que la ley es muy clara al establecer de manera indubitable los valores a tutelar en el contexto del cual hablamos. Esta equiparación nos lleva a entender que las sanciones más severas tanto a productores como a proveedores de bienes y servicios que pongan en riesgo estos tres elementos de tutela serán las más elevadas. Sanciones que, como veremos, pueden implicar el aseguramiento de los productos o la suspensión de la comercialización de bienes; medidas encaminadas a dejar fuera del mercado aquellos productos que representen un riesgo a la vida, la salud y la seguridad de los consumidores.

II. Derecho a la educación

Este derecho va enfocado, en un primer momento, a proporcionarle al consumidor la información necesaria sobre el uso y manejo adecuado de los productos que se ofertan. Sin embargo, tal derecho también alcanza al Estado como responsable de generar *un consumo consciente, informado, crítico, saludable, sustentable, solidario y activo* (artículo 8 bis LFPC); para ello, él mismo se otorga la obligación de elaborar materiales de contenido educativo que serán puestos a disposición del consumidor con el fin de orientarlo en su toma de decisiones. En este sentido, también es importante mencionar que su obligación educativa, a través de la

PROFECO, implica el contacto ciudadano, establecimiento de módulos de orientación, líneas telefónicas de atención al público y el uso de las tecnologías existentes en beneficio del consumidor.

La mercadotecnia y la publicidad son estrategias fundamentales de posicionamiento de productos en el mercado, sin embargo tales actividades no deben entrar en conflicto con decisiones racionales y pensadas que debe tomar el consumidor al momento de consumirlas. En opinión de Ovalle Favela,²⁴ fomentar un consumo racional es parte del derecho que aquí se tutela, cuya responsabilidad recae a cargo tanto del productor y proveedor como del Estado.

Los ciudadanos necesitamos desarrollar una adecuada cultura del consumo, misma que vaya medida con la racionalidad, tanto en las cantidades como en las calidades. Desde evitar compras innecesarias hasta seleccionar los bienes y servicios adecuados a las necesidades de las personas. Existe pluralidad de ofertas, debido a que la libre concurrencia se hace presente en el mercado. Ahora el Estado debe actuar a favor de los consumidores, protegiendo sus derechos sociales, particularmente el que ahora se comenta, referido a la educación y más en específico a un consumo racional.

III. Derecho a la información

La redacción del artículo séptimo convierte a este derecho en una obligación para el proveedor de bienes y servicios. La obligación de informar debe entenderse en el sentido más amplio e incluyente posible, pasando desde el precio hasta las calidades, cantidades, garantías, fechas, entre otros datos más, mencionados por la ley y que van enfocados a brindarle al consumidor la certeza necesaria del producto que está contratando.

Un consumidor bien informado poseerá la asertividad necesaria para contratar los bienes y servicios adecuados a sus necesidades. Si bien es cierto esta obligación le corresponde al proveedor; en ningún momento queda exenta la autoridad de realizar acciones encaminadas a proporcionarle al consumidor el mayor número de herramientas necesarias para una adecuada toma de decisiones.

²⁴ OVALLE FAVELA, José. Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002. p. 559-577.

IV. Derecho a la prevención y reparación de daños

Derecho previsto en los artículos 92, 92 bis, 92 ter y 93 de la LFPC cuyo texto, en términos generales, deja en claro que los consumidores podrán elegir libremente entre la reposición del producto adquirido o la devolución de su dinero. Elección que deberá ejercitarse en el momento procesal oportuno y luego que la autoridad haya comprobado la realización de cualquiera de los supuesto previstos en tales numerales. Ejemplos de estos son: que el producto sea de una calidad o cantidad inferior a la ofertada; que se trate de un servicio deficiente o simplemente que no se preste por causas imputables al proveedor.

Respecto a este derecho, Ovalle Favela²⁵ afirma que de ninguna manera entra en conflicto con el pago de daños y perjuicios, también contemplado en la LFPC ya que, como lo menciona el artículo 92 ter, la “bonificación o compensación se efectuará sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios”.

En consecuencia, tenemos dos tipos de beneficios a que se hace merecedor el consumidor, por un lado al pago de daños y perjuicios y por otro a esta bonificación o compensación que deberá recibir una vez comprobada responsabilidad del proveedor.

V. Derecho al acceso a los órganos administrativos

El acceso a la jurisdicción y a la protección del Estado mexicano a través de sus órganos encargados de impartir justicia es un derecho humano que debe quedar plenamente garantizado en los términos previsto por la ley. Sucede en ocasiones que los órganos encargados de impartir justicia no necesariamente pertenecen al Poder Judicial, sino al Ejecutivo; precisión que no debe ser un impedimento para la negativa de atención al ciudadano.

Tal es el caso motivo de este análisis, donde no estamos hablando de un órgano jurisdiccional en el sentido técnico de la palabra, lo cierto es que el contexto es esencialmente el mismo. De acuerdo a su naturaleza jurídica, la PROFECO es un organismo descentralizado del Poder Ejecutivo con funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover

²⁵ OVALLE FAVELA, José, op. cit.

y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores²⁶ cuyo titular es nombrado directamente por el Presidente de la República.²⁷

Precisamente esta es la razón fundamental de que este derecho se refiera a los órganos administrativos, pues esa es la naturaleza jurídica de la PROFECO. Al garantizar este derecho, la LFPC pretende dejar claro que en todo momento los consumidores tendrán la posibilidad de recurrir ante esta autoridad a poner de su conocimiento eventuales irregularidades.

Ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo 97 cuando se establece que cualquier persona puede denunciar violaciones a las disposiciones de la propia LFPC. Situación similar la encontramos en el artículo 99, donde se detallan los requisitos a seguir para interponer una denuncia ante la PROFECO, dejando en claro que puede presentarse en forma escrita, oral, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio; facilidades que se traducen en un mayor escenario de libertades y accesibilidad de los consumidores a sus derechos.

VI. Facilidad a los consumidores para la defensa de sus derechos

Se trata de un derecho muy cercano al anterior, aunque con claras diferencias que es necesario apuntar.

En términos procesales esta disposición deja en claro que el consumidor llevará ventajas considerables al momento de desarrollarse el procedimiento administrativo iniciado por él mismo. Ejemplo de ello, lo representa el artículo 100, establecido para darle libertad al reclamante (consumidor) para que este procedimiento se desahogue en el lugar que decida en función a diversos criterios de entre los cuales podrá elegir. Sin embargo, esta protección se mantiene a lo largo del desarrollo del procedimiento ya que la carga de la prueba le corresponde al proveedor del bien o servicio, quien adquiere la obligación de rendir un informe explicativo en relación a los hechos manifestados por el consumidor (artículos 103 y 104).

Sin duda alguna, que en la parte conceptual a la CPEUM le ha faltado precisión en algunos derechos sociales; sin embargo ya entrando en el área procesal nos encontramos con planteamientos interesantes, como

²⁶ Artículo 20 de la LFPC.

²⁷ Artículo 28 de la LFPC.

es el caso que se comenta ya que existe una tutela evidente del Estado hacia el consumidor. Bajo esta tesitura, el reto consiste en hacer que las personas lleguen ante estas autoridades a iniciar los procedimientos a que tienen derecho, gran parte de los abusos cometidos a los consumidores no son del conocimiento de las autoridades, quedan en el terreno de la impunidad, de la desinformación y por consecuencia del abuso.

VII. Protección contra la publicidad engañosa y abusiva

Uno de los aciertos de la LFPC es que establece una definición precisa de la información o publicidad engañosa o abusiva (artículo 32) precisando que es “aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta”.

La certeza que en este sentido brinda la norma va enfocada a evitar este conjunto de prácticas formuladas con la intención de hacer caer en el error al consumidor; ya sea que con ella se oculten algunas contraindicaciones del producto, sus calidades o, incluso, efectos secundarios, si ese fuere el caso.

De ninguna manera el consumidor es un experto en temas publicitarios. En ciertos casos debemos imaginarnos como una persona vulnerable y presa de los embates de las estrategias de mercadotecnia diseñadas para hacer que adquiera sus productos. Por sí sola la publicidad no es una práctica proscrita, sin embargo, debe desempeñarse con ética y responsabilidad, evitando inducir al consumidor con mentiras, información falsa o creando artificios o maquinaciones que lo confundan.

Si bien es cierto que los numerales posteriores de la LFPC establecen sanciones para este tipo de actividades, como es el caso del artículo 35; estas no son suficientes ante el poder masivo de difusión de la publicidad. El Estado, a través de la PROFECO debe desarrollar estrategias diversas que lleven a tener bien informado al consumidor del tipo de productos que habrá de consumir.

Dicho en otros términos, el Estado debe desarrollar una estrategia en dos sentidos, el primero es la advertencia de sanción a quienes incurran en este tipo de prácticas publicitarias; situación que se cumple

con la simple lectura de la LFPC. La segunda es de un alcance mayor, que va enfocada a establecer acciones cercanas a la ciudadanía, pensadas en proteger sus derechos como consumidor ante embates publicitarios que pudieran confundirlos.

Si partimos de la idea que ante este tipo de estrategias publicitarias no solo está en riesgo la economía del consumidor, sino también su seguridad, su salud, quizá su vida o la de su familia; entonces debemos concluir que el Estado debe hacer más de lo que hace. La enunciación de sanciones en la LFPC no es acción suficiente, su activismo debe palpase en el sentido social; no olvidemos que estamos hablando de derechos sociales que necesitan ser tutelados y protegidos.

VIII. Derecho a la protección de datos

La protección de datos es un área que ha evolucionado mucho en el derecho mexicano. Hoy existe la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP),²⁸ cuyo texto obliga a todos los particulares a observar una serie de disposiciones que les resultan aplicables, siempre y cuando manejen datos personales de particulares (proveedores, consumidores, clientes, etc.). Lo que hace es vigilar el adecuado manejo de estos datos considerados sensibles (nombre, teléfono, domicilio, edad, sexo, estado civil, etc.), con la *finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas* (artículo primero de la LFPDPPP).

Es pertinente mencionar la obligación que tienen todos los particulares poseedores de este tipo de datos de generar un “aviso de privacidad” en el que claramente referirán el uso que habrán de dar a ellos así como los medios que tendrán los particulares para ejercer su derecho al acceso, rectificación, cancelación y oposición a tales políticas, medidas previstas en el artículo 16 de tal legislación. Sin mencionar las sanciones severas en que incurrir los particulares que no respeten el derecho a la protección de datos personales que en tal ordenamiento de detalle.

Por lo que hace a la LFPC, es importante mencionar que en su artículo 16 al 18 bis establecen algunas disposiciones para proveedores y

²⁸ Ley publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el lunes 5 de julio de 2010.

empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios; sujetos a quienes en todo momento les resulta aplicable la LFPDPPP, por lo que no es necesario abundar en las deficiencias de la LFPC respecto al tema, bástenos mencionar que la reciente LFPDPPP protege los datos personales contra todo tipo de filtración, uso inadecuado o uso no autorizado de la persona que los ha proporcionado.

IX. Respeto a los derechos derivados de las obligaciones de consumo

Al momento de acudir a comprar, un consumidor está realizando un contrato; esto significa que adquiere el derecho a que le sea respetado lo que ha pactado en los términos de su celebración. Bien es cierto que no todos estos contratos que realiza llevan la formalidad de haber sido por escrito; los hay de manera verbal y también de simple aceptación, llamados “contratos de adhesión”.²⁹ Ambos quedan reglamentados en la LFPC con la intención de proteger los derechos del consumidor.³⁰

Particularmente, respecto a estos últimos, la ley es muy clara al señalar que deben ser registrados ante la PROFECO (artículo 24), previa autorización que de su contenido emita ella misma. Si el proveedor incumple tal contrato, recibirá importantes sanciones económicas. La LFPC pone especial énfasis en este tipo de documentos debido a que en ellos el consumidor no tiene la capacidad de negociación, únicamente deberá manifestar si acepta o no los términos ya establecidos por el proveedor de bienes o servicios.

Finalmente es importante precisar que la LFPC precisa las reglas que habrán de cumplir los contratos de adhesión (artículo 63), entre ellos

²⁹ ARTÍCULO 85. Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

³⁰ Una reflexión interesante respecto a la contratación es la que realiza MOSSET ITURRASPE, José. El orden público y la tutela del consumidor y usuario. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, año V, n. 9-10, p. 223-233, enero/dic. 2008. En este sentido también se recomienda RACET MORCIEGO, María Soledad; SOLER DEL SOL, Alfredo. Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la protección al consumidor. En *RDP Cuarta Época*, año I, n. 2, p. 293-323, jul./dic. 2012.

deberán contener un apartado destinado a salvaguardar los derechos del consumidor. En este sentido, es pertinente reproducir lo establecido en el artículo 86 TER de la LFPC:

ARTÍCULO 86 TER.- En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;

II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;

III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y

IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos.

El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate.

X. Protección a los derechos de los niños, adultos mayores y personas con discapacidad

La debida protección a las niñas, niños y adolescentes quedó definida en la ley que para el efecto ha sido creada, Ley para la Protección de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes. En tal sentido, esta legislación adquiere el carácter de supletoria para el tema que analizamos; muestra de ello lo constituye el artículo 111 que exceptúa del procedimiento conciliatorio a los menores de edad y prevé la aplicación de la Ley para las niñas, niños y adolescentes.

Por lo que hace a los adultos mayores y a las personas con discapacidad existe una situación similar. En los años recientes ha habido avances legislativos importantes en materia de reconocimiento y tutela de derechos sociales, incluidos algunos grupos en situación de vulnerabilidad. Leyes que terminan por aplicarse de manera supletoria a la LFPC ya que por encima de los intereses económicos están tutelando derechos humanos.

Sin embargo, es pertinente mencionar el artículo 58 de la LFPC cuya intención es eliminar cualquier forma de discriminación hacia las personas por razones de su género, nacionalidad, preferencia sexual o cualquier otra. Deja en claro que los proveedores de bienes y servicios “no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto a los solicitantes del servicio, tales como selección de clientela, condicionamiento del consumo, reserva del derecho de admisión, exclusión a personas con discapacidad y otras prácticas similares, salvo por causas que afecten la seguridad o tranquilidad del establecimiento, de sus clientes o de las personas discapacitadas, o se funden en disposiciones expresas de otros ordenamientos legales”.

En consecuencia este derecho en particular no solo es protector de los intereses de estos colectivos sociales, sino que también busca que tengan acceso al mercado del consumo sin que para ello exista ningún tipo de discriminación hacia su persona.

XI. Derecho a constituir organizaciones de consumidores

Finalmente, en el último de los derechos reconocidos por la LFPC aparece uno que es crucial y al que no debemos restarle importancia. Se trata del que reconoce la capacidad que tienen los consumidores para organizarse; mismo que da pie a realizar comentarios en dos niveles diferentes.

El primero de ellos se basa en permitir a los consumidores organizarse en colectividades creadas con la intención de defender sus intereses comunes a través de actividades que les resulten benéficas como foros de discusión, cursos de capacitación y todo aquello que le permita al consumidor sentirse identificado con otros cuyos intereses les resulten afines. El derecho a la asociación se encuentra reconocido en el artículo noveno de la CPEUM al establecer claramente: “no se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito”. Esto ha permitido que la sociedad civil evolucione, se integre, que los ciudadanos busquen a quienes les resultan afines en realidades e intereses para agruparse, compartir experiencias, definir objetivos comunes y estar mejor informados ante la realidad en la que viven.

En este sentido, es pertinente mencionar que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto en jurisprudencia que: “el artículo 9º constitucional consagra la garantía de libre asociación que implica la potestad que tienen los individuos de unirse para construir una entidad o persona moral, con sustantividad propia y distinta de los socios y que tiende a la consecución de objetivos plenamente identificados cuya realización es constante y permanente [...]” De ahí que en su colección garantías individuales³¹ al hablar de las garantías de libertad señala que se trata de una libertad plena de la persona para elegir asociarse o no y suponiendo que decida hacerlo el único límite que encontrará será la licitud de sus actividades. Esto es, puede constituir asociaciones de tipo económico, político o social sin que la autoridad pueda prohibir o restringir ese derecho. En consecuencia, se trata de un derecho totalmente vigente que, dicho sea de paso, le facilita al Estado la instrumentación de políticas públicas ya que en muchas de ellas debe obtener el consenso de la sociedad civil y si se encuentra organizada en colectividades es más sencilla la operatividad del consenso.

El segundo nivel de este derecho va más allá que la sola constitución de asociaciones. Nos lleva al activismo que ellas, una vez establecidas, deben tener en la defensa de sus intereses comunes. Particularmente me refiero a la posibilidad que deben tener para plantear acciones colectivas ante la autoridad. Ovalle Favela³² afirma que las acciones colectivas y de grupo tienen en común que, a diferencia de las acciones individuales, protegen una pluralidad de intereses que corresponden a personas que integran una colectividad de grupo. Procuran la protección de los intereses que, aun teniendo carácter de individuales o particulares, poseen un origen o causa común por lo que pueden ser reclamados judicialmente mediante una acción de grupo para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente³³ Posibilidad que se encuentra prevista en el artículo 26

³¹ Véase SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Las garantías de libertad. En: *Colección las garantías individuales*. 2. ed. México, 2012.

³² OVALLE FAVELA, José. Las acciones para la tutela de los derechos de los consumidores en México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Procesalismo científico, tendencias contemporáneas*. Memorias del XI curso anual de capacitación para profesores de Derecho Procesal. México: UNAM. 2012. p. 95-106.

³³ Véase IZQUIERDO MUCIÑO, Martha E. Acciones colectivas a favor de los consumidores. En: *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, n. 45/2011, p. 73-92, 2001.

de la LFPC, con la enorme limitante de establecer que será la PROFECO quien ejercerá tales acciones, ante los tribunales civiles, en nombre de la colectividad que haga valer sus derechos.

En términos generales el derecho de asociación en México lo ejercen las personas. En lo que aún debe trabajarse es en establecer asociaciones especializadas en los derechos del consumidor y más específicamente en construir el andamiaje jurídico necesario para avanzar en el planteamiento y tratamiento de acciones colectivas y de grupo. Asignatura aún pendiente en la defensa de los derechos del consumidor, ya que hasta la fecha, a pesar de los más de 20 años de vigencia de la LFPC ha habido pocas acciones de ese tipo. Potencializar su desarrollo llevaría a los consumidores a adquirir mayor empoderamiento en la defensa de sus derechos.

Conclusión

a. Desde hace 40 años se ha creado una legislación mexicana que proteja los derechos de los consumidores, misma que ha tomado en cuenta las tendencias internacionales.

b. La LFPC contempla derechos a favor de los consumidores, mismos que son congruentes tanto con las directivas europeas, como con las disposiciones de las naciones unidas; organismos que han sido los más especializados en el tema.

c. Una asignatura pendiente para México es darle contenido social a los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que su subsistencia es posible más allá del contexto económico; son auténticos derechos sociales y así deben ser contemplados en la Constitución Política.

d. Otra asignatura pendiente que tiene México es legislar de manera adecuada en materia de acciones colectivas y de grupo en defensa de los consumidores. Las actuales enunciaciones que mantiene la LFPC son insuficientes, más aún si la autoridad no fomenta este tipo de participaciones.

e. La asociación de consumidores es una estrategia fundamental en la defensa de sus derechos, trabajar en el incremento de este número de colectividades y en su especialización, es un desafío para los próximos años.

Referencias

I. Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

Ley Federal de Protección al Consumidor, vigente de 1973 a 1992.

II. Bibliografía consultada

CABALLERO OCHOA, José Luis. *La protección de los derechos del consumidor. Una perspectiva de los derechos fundamentales y en relación con el caso de México. Jurídica*. En: *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 37, p. 361-374, 2006.

IZQUIERDO MUCIÑO, Martha E. Acciones colectivas a favor de los consumidores. En: *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 45/2011, Bilbao, p. 73-92, 2001.

MOSSET ITURRASPE, José. El orden público y la tutela del consumidor y usuario. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, año V, n. 9-10, p. 223-233, enero/dic. 2008.

OVALLE FAVELA, José. Las acciones para la tutela de los derechos de los consumidores en México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Procesalismo científico, tendencias contemporáneas*. Memorias del XI curso anual de capacitación para profesores de Derecho Procesal. México: UNAM, 2012.

OVALLE FAVELA, José. Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.

OVALLE FAVELA, José. *Derechos del consumidor*. México: UNAM, 2000.

OVALLE FAVELA, José. Los derechos de los consumidores. En: *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, n. 12, p. 75-111, sept./dic. 2005.

PÉREZ VALERA, Víctor M. Deontología de los derechos y deberes del consumidor. En: *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 37, p. 63-80, 2007.

POCAR, Fausto. Iniciativas internacionales para la protección de los consumidores. En: *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 14, p. 1055-1069, 1981.

QUIROZ RUÍZ, Sara Luz C. México en la protección económica del consumidor previa a la contratación. En: *Letras Jurídicas*, n. 15, año 8, enero/jun. 2007. 11 p.

RACET MORCIEGO, María Soledad; SOLER DEL SOL, Alfredo. Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la protección al consumidor. En: *RDP Cuarta Época*, año I, n. 2, p. 293-323, jul./dic. 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Las garantías de libertad. En: *Colección las garantías individuales*. 2. ed. México, 2012.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. En: *Vniversitas*, n. 119, Bogotá/Colombia, p. 305-340, jul./dic. 2009.

A DEFESA DO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E FORTALECIMENTO DAS ESTRUTURAS QUE REGULAM AS RELAÇÕES DE CONSUMO

ROGÉRIO SILVA*

Introdução

É possível afirmar que a cidadania e os direitos individuais estão inseparáveis dos direitos sociais, como é o direito de proteção ao consumidor. Contudo, para o exercício da cidadania é preciso garantir a todos a proteção.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 5º, diversos instrumentos para que seja executada a Política Nacional das Relações de Consumo. Entre estes órgãos estão os juizados especiais, PROCONs, delegacias de polícia, promotorias de justiça, varas especializadas e associações de defesa do consumidor. Acrescentam-se, ainda, iniciativas consideradas relevantes como a criação da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e o Decreto nº 7.963/2013 que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC), tornando a defesa do consumidor uma política de estado e não de governo.

Assim, quando se trata de refletir sobre políticas públicas e fortalecimento das estruturas que regulam as relações de consumo, como é o objetivo deste artigo, torna-se relevante abordar os referidos órgãos e legislação que buscam concretizar a defesa do cidadão consumidor frente às complexas relações de consumo.

Na última década, milhões de brasileiros ingressaram no mercado de consumo e passaram a relacionar-se com grandes fornecedores, os quais tem como marca a impessoalidade no atendimento e a virtualização dos serviços. A falta de preparo destes consumidores e a aplicação de práticas abusivas por meio de pequenas lesões repetitivas aumentam

* Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Endereço eletrônico: <jrogeriosilva@terra.com.br>.

os lucros e as demandas que chegam ao Poder Judiciário e aos órgãos de defesa do consumidor, os quais não estão presentes na maioria dos municípios, ou não possuem a estrutura adequada para prestar um bom atendimento ao cidadão.

Desta forma, considera-se que a implantação de políticas públicas torna-se essencial para que os direitos dos consumidores sejam efetivados, pois não basta apenas seu reconhecimento, é preciso que aja a definição de instrumentos que possam concretizá-los. Sem a presença do Estado, fazendo o papel de regulador das relações, apenas se amplia a vulnerabilidade do consumidor-cidadão.

1. A defesa do consumidor enquanto política pública

As políticas públicas podem ser definidas como as ações e decisões de governos que vão influenciar diretamente na vida da sociedade. São assuntos prioritários, os quais terão metas e planos que vão ser desenvolvidos durante um determinado período, buscando atender o maior número de pessoas possível. Mas, para que um tema transforme-se em política pública, é preciso que este entre na agenda dos administradores e isto requer a participação da sociedade pela sua mobilização, para vencer todas as etapas até a consolidação.

As políticas públicas podem ser consideradas ações que nascem num contexto social, mas que sua execução depende da esfera estatal, tanto no aspecto da liberação dos recursos para sua implementação ou mesmo para a regulamentação administrativa.

Boneti traz o seguinte entendimento:

[...] por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos das ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos.¹

¹ BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 74.

Quando se trata de proteção aos consumidores, as ações devem ser desenvolvidas nas esferas da União, Estados e Municípios de forma sintonizada para que as demandas possam ser atendidas e não ocorram desperdícios de recursos ou sobreposições de atividades. A União tem como órgão gestor a Secretária Nacional do Consumidor (SENACON), criada pelo decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, cujas atribuições são estabelecidas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor e pelo art. 3º do Decreto nº 2.181/1997. Até a criação da SENACON, a política nacional das relações de consumo era tratada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), ligado a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Miragem justifica que:

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, neste sentir, atende ao que dispunha a Recomendação da ONU 39/248, de 1985, a qual desafia os governos a estabelecer e manter uma infraestrutura adequada que permitisse formular, aplicar e vigiar o funcionamento das políticas de proteção ao consumidor. Em relação a este aspecto, há o entendimento de parte da doutrina, de que não apenas os órgãos administrativos integrantes do SINDC têm competência para fiscalização das relações de consumo de que tratam a Lei 8.078/1990. Os órgãos administrativos de controle e regulação setorial da atividade econômica privada, no âmbito de suas competências, teriam igualmente o dever de aplicar o CDC às relações que, na atividade que lhes compete regular, se caracterizassem como relações de consumo. É o caso, por exemplo, do Banco Central em relação à atividade bancária e financeira. [...] (2013, p. 710-711).

Já nos estados e municípios, cabem aos PROCONs, a elaboração, coordenação e execução da política local de defesa do consumidor. As estruturas que buscam regular as relações de consumo atuam no sentido de garantir que o consumidor possa exercer os seus direitos. Para que isto seja concretizado, é fundamental que estejam disponibilizadas no espaço onde vive o cidadão. Pois, quando não ocorrem investimentos por parte do poder público municipal, o consumidor terá negligenciado o seu direito constitucional, omitindo-se o poder público de cumprir o que determina o

artigo 4^o do CDC, bem como as determinações do artigo 5^o.³

Cabe destacar que por trás de uma relação de compra e venda, há uma cadeia de consumo e consequências cada vez mais complexas, em que o consumidor, por ser a parte vulnerável da relação, quase sempre está em desvantagem. Comenta Pereira que:

A situação criada pela atividade econômico-social, colocando de um lado os empresários - fornecedores - e de outro os consumidores, que na teoria deveriam andar juntos para o crescimento global da sociedade, criou uma configuração não esperada: os empresários organizam-se em grandes grupos, através dos monopólios ou cartéis dominam, através de seu poder econômico, todas as relações vinculadas ao consumo, uma vez que, do outro lado, estavam os consumidores desorganizados, e, portanto,

² Art. 4^o A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

³ Art. 5^o Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

vulneráveis a todo o tipo de direcionamento advindo do mais forte. O poder econômico impunha seus ditames e os consumidores não possuíam meios eficazes para defesa, uma vez que pretendida igualdade entre as partes dava lugar ao domínio de uma parte economicamente forte e organizada, sobre a outra economicamente fraca, desorganizada e sem a proteção do Estado, que não dispunha de meios jurídicos condizentes com a situação que se formara.⁴

No aspecto da vulnerabilidade do consumidor, Rónai afirma que é preciso buscar o ensinamento do chamado “pai da produção em série”, o magnata Henry Ford, para quem “o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.⁵

É possível afirmar, com relação à importância dos órgãos administrativos e entidades civis, que trabalham direta ou indiretamente na defesa do consumidor, que estes serviços, muitas vezes, acabam sendo o primeiro e único atendimento que o cidadão recorre na busca da solução do conflito. Na grande maioria das demandas, os órgãos administrativos conseguem obter a harmonização entre as partes, por isso, é fundamental que se conheça o papel que cada órgão desempenha no sistema.

2. Estruturas que regulam as relações de consumo

Inicia-se com atuação do Ministério Público na defesa do consumidor. Trata-se de uma instituição que tem como agentes, promotores e procuradores de justiça. Destaca-se que, durante muito tempo, a figura do promotor de justiça esteve associada à função de acusador do Tribunal do Júri. Mas, a partir da Constituição Federal de 1988 e a edição de várias leis,⁶ entre elas a de nº 7.347/1985, denominada Lei da Ação Civil Pública, aumentou sua competência de atuação.

⁴ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 168.

⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 61.

⁶ A função de tutelar o consumidor é atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal, *ex vi* dos arts. 127 e 129, III, bem como pela Lei Complementar nº 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), pela Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e pela Lei nº 7.348/1985 (que disciplina a Ação Civil Pública). Isso, sem esquecer que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) reservou destacada participação à instituição, na defesa do consumidor, como o atestam o § 4º do art. 51, o inciso I do art. 82 e os arts. 91 e 92. ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Com esta ampliação do campo de ação, a instituição passou a ser reconhecida como importante órgão de defesa de direitos coletivos relacionados ao meio ambiente ordem urbanística, patrimônio público, portadores de deficiência, consumidores, idosos, crianças e adolescentes.

Em relação ao aumento de competência, Almeida menciona que:

[...] a legitimação do Ministério Público para a ação coletiva destinada à defesa dos interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, disciplinadas nos arts. 91 a 100 do CDC. Por essa via processual, o Ministério Público, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ajuizará uma única ação que poderá beneficiar todos os lesados, o que resultará em solução mais rápida do conflito e em sensível economia de tempo e dinheiro.⁷

Assim, cabe dizer que sendo o consumidor reconhecido como parte vulnerável nas relações de consumo, a intervenção do Ministério Público se faz pertinente quando se tratam de lesões coletivas praticadas por fornecedores que atuam de má-fé. Para investigar informações de danos aos direitos do consumidor, as promotorias podem instaurar inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar. Nesse sentido, o trabalho compreende diligências investigatórias, que inclui ouvir testemunhas, requisição de documentos, exames periciais dentre outros que venham a auxiliar no esclarecimento das denúncias.

Ao final das investigações, se for comprovado que houve ofensa ao direito coletivo do consumidor, explica Bessa que existem dois caminhos para serem trilhados:

O primeiro é convocar a empresa e sugerir a assinatura de um termo de ajustamento de conduta (TAC), com a previsão de multa em caso de descumprimento futuro (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985. [...] Caso a sugestão do Ministério Público não seja aceita, ajuíza-se ação coletiva para definir assunto no âmbito do Poder Judiciário (Manual de Direito do Consumidor, RT-2008/SP).⁸

O não cumprimento do termo de ajustamento de conduta determinará a sua execução, uma vez que, mesmo este possui eficácia de título

⁷ Idem, 2002, p. 260.

⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 323-324.

executivo extrajudicial, conforme o artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, e do artigo 585, VII, do Código de Processo Civil.

Para uma efetiva prestação da defesa do consumidor, o Ministério Público do Rio Grande do Sul possui, em Porto Alegre, a Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Consumidor e o Centro de Apoio Operacional de defesa do consumidor que auxilia as promotorias e estimula a realização de ações conjuntas e integradas na defesa coletiva dos consumidores.⁹ Já, no interior do Estado, nas promotorias de entrância intermediária, existem promotorias de justiça especializadas, as quais têm por atribuição defender o interesse do consumidor, juntamente com outras áreas, como: meio ambiente, patrimônio público, direitos humanos, idosos e infância e juventude. Tão importante quanto o Ministério Público na defesa do consumidor é o papel da Defensoria Pública. Trata-se de uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, por determinação do artigo 134 da Constituição Federal de 1988. A Defensoria presta atendimento àquelas pessoas que tiveram seus direitos ofendidos, mas que não possuem recursos para contratar um advogado particular.

Segundo Bessa:

Num país de população pobre e carente, é bastante óbvia a importância do papel exercido pelos defensores públicos nas mais variadas relações sociais. Essa relevância contém nuance diferenciada nos conflitos decorrente das relações de consumo. Enquanto, o consumidor de classe média pode absorver pequenas lesões praticadas pelo mercado (exemplo, cobrança de tarifa indevida pelo banco no valor de R\$ 27,00), sem maior impacto no orçamento familiar, o mesmo não ocorre com aquele que, recebendo um salário mínimo por mês, deve sustentar toda a família. As “pequenas lesões” praticadas pelos fornecedores podem representar 20, 30, até 50% do seu ganho mensal, em detrimento de valores destinados à alimentação e outras necessidades básicas.¹⁰

Embora esteja muito longe de ter a estrutura ideal, diante da demanda que atende, a Defensoria Pública ganhou ainda mais força, a partir de janeiro de 2007, quando foi editada a Lei nº 11.448, que altera o artigo 5º

⁹ BRASIL. Ministério Público. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/consumidor>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 324.

da Lei nº 7.347/1985, legitimando a Defensoria Pública para a propositura da ação civil.

Mesmo não integrando diretamente o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a defensoria presta um relevante serviço, quer no plano individual ou coletivo, o que não é feito com maior intensidade diante da falta de recursos humanos.

Também faz parte do sistema de proteção, como dispõe o artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de consumo e que estabelece em seu inciso III a criação de delegacias de polícia especializadas para o atendimento de consumidores, que são vítimas de práticas abusivas, as quais se enquadram em infrações penais.

Com relação ao trabalho das delegacias de polícia, Bessa apresenta o seguinte comentário:

Em face de notícia crime contra as relações de consumo, a Delegacia do Consumidor possui o dever de investigar o fato, apurando, mediante inquérito policial (arts. 4º a 23 do Código de Processo Penal) ou termo circunstanciado (art. 69 da Lei 9.099/1995), todas as suas circunstâncias e autoria. Concluídas as investigações, o inquérito policial ou termo são encaminhados ao promotor de justiça com atribuição penal, que decidirá pelo arquivamento ou instauração de processo criminal contra os apontados autores do crime.¹¹

Verifica-se que em 24 (vinte e quatro) anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a criação de Delegacias do Consumidor ocorreu somente em algumas capitais. No Rio Grande do Sul, apenas em Porto Alegre existe a Delegacia Especializada de Proteção e Defesa do Consumidor (DECON), a qual tem atuação em todo o Estado. Apesar do Código de Defesa do Consumidor procurar estimular a criação das Delegacias, a implementação do órgão depende de iniciativa dos governos dos Estados.

É importante destacar as políticas e ações propostas pelo Plano Nacional de Consumo e Cidadania, em seus dispositivos 7º e 8º,¹² dos

¹¹ Idem, 2007. p. 326.

¹² Art. 7º O eixo de fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor será composto, dentre outras, pelas seguintes políticas e ações:

I - estímulo à interiorização e ampliação do atendimento ao consumidor, por meio de parcerias com Estados e Municípios;

II - promoção da participação social junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; e

III - fortalecimento da atuação dos PROCONs na proteção dos direitos dos consumidores.

quais se interpreta o reconhecimento da necessidade de fortalecimento das estruturas que regulam as relações de consumo.

A instalação dos PROCONs ainda esbarra na falta de recursos e vontade política, embora seja um dos órgãos mais conhecidos e respeitados na defesa dos consumidores, sendo responsável em âmbito local pelo atendimento da parte vulnerável desta relação, considera-se insuficiente o número de 80 municípios com PROCONs no Rio Grande do Sul.

A implantação deste sistema cabe ao Poder Executivo, que tem a iniciativa de elaborar projeto de lei, o qual será aprovado pela Câmara de Vereadores. Portanto, a defesa do consumidor deve ser prevista como prioridade dentro das Políticas Públicas estabelecidas pela administração.

Embora o direito do consumidor tenha sido inserido na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, nem sempre o respeito a esse direito é visto como prioridade pelos administradores. Cabe às comunidades sensibilizarem os agentes políticos para criar o sistema municipal de defesa do consumidor, o qual compreende o PROCON, o Conselho Municipal de Defesa do Consumidor e o Fundo Municipal do Consumidor.

Cada um dos órgãos do sistema possui função específica, e ao Conselho Municipal de Defesa do Consumidor¹³ cabe elaborar e fiscalizar a elaboração da política pública de defesa do consumidor, e decidir com relação à utilização dos recursos destinados ao Fundo Municipal. O Fundo Municipal vai receber valores provenientes dos processos administrativos instalados pelos PROCONs, que podem resultar em multas ou aplicação do compromisso de ajustamento de conduta (CAC).

Art. 8º Dados e informações de atendimento ao consumidor registrados no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor - SINDEC, que integra os órgãos de proteção e defesa do consumidor em todo o território nacional, subsidiarão a definição das Políticas e ações do Plano Nacional de Consumo e Cidadania.

Parágrafo único. Compete ao Ministério da Justiça coordenar, gerenciar e ampliar o SINDEC, garantindo o acesso às suas informações.

- ¹³ I - Atuar na formulação de estratégias e no controle da política municipal de defesa do consumidor;
II - Estabelecer diretrizes a serem observadas na elaboração dos projetos do plano defesa do consumidor;
III - Gerir o Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos - (FMDD), destinando os recursos para projetos e programas de educação, proteção e defesa do consumidor. (de que trata o capítulo III);
IV - Elaborar, revisar e atualizar as normas referidas no § 1º do art. 55 da Lei nº 8.078/1990;
V - Fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre a proteção e defesa do consumidor;
VI - Promover atividades e eventos que contribuam para orientação e proteção do consumidor;
VII - Promover por meio de órgãos da Administração Pública e de entidade civis interessadas, eventos educativos ou científicos, relacionados à proteção e defesa do consumidor;
VIII - Elaborar seu regimento interno.

Ao Fundo Municipal, também podem ser destinados recursos pelo Poder Judiciário em ações em que ocorrer a condenação por dano moral coletivo ou aplicações de multa pelo descumprimento das determinações judiciais. Quando o Fundo Municipal possui verba, é possível melhorar a estrutura dos PROCONs e implantar projetos que visem à prevenção e a educação para o consumo. Além disto, evita-se que o dinheiro proveniente de multas seja destinado ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (Fecon), em que a dificuldade para vencer os entraves burocráticos faz com que muitos municípios desistam de elaborar projetos. Com relação à composição do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor (CONDEC), será formado por representantes do Poder Público, entidades representativas de fornecedores e consumidores, as quais serão indicadas pelos órgãos que representam, e nomeadas pelo Prefeito Municipal para ocuparem o cargo por um período de dois anos. Na proteção dos consumidores, a iniciativa pioneira de criar o PROCON foi desenvolvida em São Paulo, em 1975, quando se formou um grupo de trabalho para a criação de um sistema estadual de defesa do consumidor, dando origem ao primeiro PROCON do país.

A 6 de maio de 1976, o governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, pelo Decreto nº 7.890, criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, subordinado à Secretaria de Economia e Planejamento cujo secretário, Jorge Wilhelm, além de prestar o apoio necessário, passou a denominar o órgão de Procon. Pêrsio de Carvalho Junqueira foi nomeado o primeiro diretor executivo.¹⁴

Com o passar dos anos, a estrutura do PROCON de São Paulo foi sendo ampliada devido a grande procura dos serviços oferecidos à população. O modelo idealizado passou a ser seguido pelos principais Estados do País devido os resultados positivos apresentados e amplamente divulgados. O que comprova que a difusão da informação é fundamental para o fortalecimento do movimento consumerista.

Sempre com a preocupação de inovar, o PROCON de São Paulo passou por importante transformação no ano de 1996, quando foi criada a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor.

¹⁴ PROCON. Disponível em: < <http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

Com a regulamentação, por meio do Decreto nº 41.170 de 23 de setembro de 1996 do governador Mário Covas foi criada a primeira Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do país. O Projeto de lei nº 618/1994, após tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo fez com que um novo passo fosse dado para a definitiva solidificação do órgão, com a criação e posterior sanção da Lei nº 9.192, de 23 de novembro de 1995. O Estado de São Paulo mais uma vez inovou na prestação de serviços de proteção e defesa do consumidor no Brasil. Com a nova configuração jurídica, a Fundação Procon vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania iniciou um grande processo de revitalização, modernização e reestruturação para que, de forma contínua, a proteção e a defesa do consumidor conseguisse, com novos contornos, preservar as conquistas alcançadas, além de avançar na busca do equilíbrio das relações de consumo.¹⁵

Para Bessa, “o PROCON, além de aplicação de sanções administrativas, também exerce importante trabalho de informação dos direitos do consumidor e de conciliação entre as partes”.¹⁶

A informação é, portanto reconhecida e apontada como direito básico do consumidor, em seu artigo 6º, inciso III. Ou seja, quanto maior for o volume de informações repassado ao consumir, com relação ao produto ou serviço que está sendo adquirindo, menor será a possibilidade que venha ocorrer conflitos entre as partes envolvidas. No que diz respeito à conciliação é a possibilidade de reunir consumidor, fornecedor ou prestador de serviço frente a frente, para que seja encontrada uma solução, evitando, com isso, que a demanda tenha que ser discutida no Poder Judiciário, sendo muito mais demorada e onerosa para as partes.

Com relação à aplicação de sanções administrativas, estão previstas nos artigos 55 a 60 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no Decreto nº 2.181/1997 que estabelece normas gerais para aplicação das sanções administrativas no CDC. No aspecto administrativo, as penalidades possíveis de serem aplicadas pelos PROCONs estão determinadas no artigo 56¹⁷ do CDC. Para a instalação do Sistema Municipal é

¹⁵ PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 327.

¹⁷ Penalidades previstas para infrações de normas de defesa do consumidor:
I - multa;
II - apreensão do produto;
III - inutilização do produto;

necessário que a sociedade exerça seu papel, pressionando os poderes Executivo e Legislativo para incluir na pauta a defesa do consumidor. E, é dentro desta proposta que se situa a importância das associações de defesa do consumidor, pois a política nacional das relações de consumo estabelece também em seu artigo 5º, inciso V, a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

Embora nos últimos anos tenha havido um crescimento no número de associações que se preocupam em defender os direitos do consumidor, ainda se está longe de alcançar um padrão que seja considerado satisfatório para minimizar os conflitos, pois na grande maioria dos municípios brasileiros não existem associações ou vontade política em criar órgãos de defesa do consumidor.

A propósito, Bessa comenta que:

Ao lado de órgãos estatais de defesa do consumidor estão as entidades civis ou organizações não governamentais (ONG) de defesa do consumidor. São associações privadas, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de um grupo de pessoas para a defesa individual ou coletiva dos direitos e interesses do consumidor, para educar o consumidor, realizar atividades de difusão e pesquisa científica deste ramo do direito, enfim, promover, direta ou indiretamente, a maior eficácia do direito do consumidor no País.¹⁸

Duas destas entidades civis, embora atuem em campos diversos, possuem reconhecimento e são referências em todo o País. São elas: o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon).

O IDEC é uma entidade não governamental que não possui fins lucrativos e qualquer vínculo com empresas ou partidos políticos. A organização foi fundada em 21 de julho de 1987 e começou a funcionar em uma

-
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
 - V - proibição da fabricação do produto;
 - VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
 - VII - suspensão temporária das atividades;
 - VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
 - IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
 - X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
 - XI - intervenção administrativa;
 - XII - imposição de contrapropaganda.

¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 334.

pequena sala cedida pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), no bairro Pinheiros, na cidade de São Paulo. Desde o período de sua criação até os dias atuais, o IDEC se transformou em uma das mais respeitadas entidades do país na defesa do consumidor, tendo a seguinte missão:

[...] promover a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica. Para isso, o Idec tem como objetivos contribuir para: que seja atingido o equilíbrio ético nas relações de consumo; a implementação e o aprimoramento da legislação de defesa do consumidor e de matérias correlatas; a repressão ao abuso do poder econômico nas relações de consumo e nas demais relações jurídicas correlatas; a melhoria da qualidade de vida, especialmente no que diz respeito à melhoria da qualidade dos produtos e serviços.¹⁹

O IDEC entende que o conceito de consumidor não se restringe àqueles que participam do mercado, nem tão pouco àqueles que exercem seu poder de compra. A relação é muito mais ampla, abrangendo também àquelas pessoas que não conseguem acesso a bens e serviços essenciais, devido à falta de poder aquisitivo. Temas como a importância da conscientização das pessoas para a prática de um consumo sustentável e também a preocupação com a responsabilidade social, ganharam cada vez mais destaque na sociedade, a partir do final da década de 90, e com isso foram incluídos na agenda do IDEC.

Outra organização que é pertinente dar destaque com atuação em âmbito nacional é o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), fundado em 1992 pelos autores do anteprojeto que deu origem ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Seus objetivos são:

[...] promover o desenvolvimento da Política e do Direito do Consumidor, buscar a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico-social, sempre com vistas à realização de um mercado transparente e justo, realizar atividades de pesquisa, estudos, elaboração, coleta e difusão de dados sobre a proteção do consumidor, congregando especialistas, nacionais e estrangeiros, nas diversas disciplinas do conhecimento envolvidas diretamente com a proteção do consumidor e incentivar a cooperação internacional na área de proteção do consumidor, promovendo programas de intercâmbio entre entidades, profissionais e estudantes brasileiros e estrangeiros.²⁰

¹⁹ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 10 maio 2014.

²⁰ BRASILCON. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

Com preocupação direcionada a estudos científicos na área do Direito do Consumidor, o BRASILCON promove congressos e seminários em todo o Brasil, viabilizando discussões sobre os mais relevantes temas. A associação também é responsável pela publicação da Revista do Direito do Consumidor e pela Biblioteca do Direito do Consumidor, que tem por objetivo divulgar trabalhos desenvolvidos sobre o tema.

O Código de Defesa do Consumidor, como iniciativa legislativa de realização de direito humano fundamental, é uma prestação legislativa do Estado por expressa determinação constitucional, e deve ser observado, inclusive, o seu caráter de lei de ordem pública e interesse social, cujas aplicações são imediatas. Nessa mesma perspectiva, determina a efetivação dos seus preceitos protetivos e promocionais. De fato, a previsão constitucional da defesa do consumidor, como direito humano fundamental, coloca-o em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro hermenêutico, reafirmando e consagrando a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado de Direito democrático, artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Conclusão

A defesa do consumidor é um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, a necessidade de obediência ou respeito aos direitos humanos fundamentais, entre os quais se insere a defesa do consumidor, constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado de Direito democrático. E para regulamentar o preceito constitucional da defesa do consumidor, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), estabelecendo regras de ordem pública e interesse social (artigo 1º). Quando se fala em políticas públicas e fortalecimento das estruturas que regulam as relações de consumo, busca-se demonstrar que é necessário proteger o mais fraco, regulando a relação jurídica de consumo, de modo que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei.

Desta forma, os interesses políticos não podem sobrepor-se aos direitos do cidadão. Contudo, é fundamental a mobilização da sociedade na ocupação deste espaço de debate, contribuindo participativamente para o aumento da responsabilização dos administradores públicos.

Mais do que nunca, a sociedade encontra-se desorientada, necessitando de políticas públicas que contemplem os direitos mínimos para

o exercício da cidadania, no qual é preciso combater o lucro que advém em detrimento do ser humano. Pois, a cidadania é uma ação da sociedade que atinge a todos, que devem se ver respeitados em seus direitos em qualquer circunstância. É a condição de pessoa que, como membro de um Estado, se acha no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política, social, cultural e econômica, sem que para isso precise abrir mão de seus direitos. Razão pela qual os interesses do Estado nem sempre coincidem com os da sociedade; muitas vezes refreiam os impulsos e, frequentemente, desrespeitam os indivíduos, sob justificativas e disfarces os mais diversos. Portanto, as preocupações direcionam-se para uma busca constante de possibilidades para concretização de políticas públicas capazes de viabilizar o fortalecimento das estruturas que regulam as relações de consumo.

Impõem-se, portanto, uma relação do poder público, eficiência da máquina burocrática e aperfeiçoamento dos mecanismos que articulam as relações entre a sociedade e o Estado, como é o caso das relações de consumo, pois a eficácia das estruturas depende do exercício da cidadania, a qual se dá somente pela conscientização do cidadão sobre os seus direitos.

Assim, é necessário averiguar o impacto das parcerias públicas e privadas na formação (transformação) da sociedade de consumo, evidenciando a proteção dos vulneráveis mediante aplicação de políticas públicas.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Unijuí, 2006.

BRASIL. Decreto nº 7.963/2013. Plano Nacional de Consumo e Cidadania. Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério Público. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/consumidor>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASILCON. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BURGER, Adriana Fagundes. Força-tarefa vai ajudar o Procon-RS a zerar os processos pendentes. *Revista Consumidor Teste*, Porto Alegre, n. 145, maio/jun., p. 7-10, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTAL DO CONSUMIDOR. Disponível em: <<https://www.portaldoconsumidor.gov.br/procon.asp?acao=buscar>>. Acesso em: 12 maio 2014.

PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

LA PRESIÓN DEL CONSUMO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE: ALIMENTOS, PRODUCCIÓN AGRÍCOLA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA

ARMANDO MERAZ CASTILLO*

LAÍSE GRAFF**

Introducción

De todos los sectores económicos, la agricultura puede ser considerada como el más vulnerable a la degradación ambiental, por depender directamente de los sistemas ecológicos y de los recursos naturales. Al mismo tiempo, el modelo de explotación agrícola en escala industrial, actualmente en expansión en todo el mundo, impone una pesada carga ambiental. Además de resultar en diversas externalidades negativas, como los residuos de fertilizantes y pesticidas en el suelo, en el agua - y no raro en los propios alimentos -, ese modelo presupone una alta dependencia de los agricultores a insumos externos - desde las semillas hasta los fertilizantes, los herbicidas y otros agroquímicos -, suministrados en general por grandes transnacionales de la industria química.

No hay duda de que esa forma de agricultura en escala mundial permitió un efectivo aumento de la oferta de alimentos, especialmente en las últimas décadas. Sin embargo, no logró distribuir equitativamente las condiciones de seguridad alimentaria, que se revelan deficientes en varios grupos sociales, incluso en el medio rural. En determinadas situaciones, la propia producción de alimentos genera, paradójicamente, inseguridad alimentaria, perjudicando no sólo la concretización del derecho humano a la alimentación adecuada, sino también promoviendo una relación de explotación ambientalmente insustentable.

Así, al mismo tiempo que la actividad agrícola permite que un gran número de personas disfruten de una situación de seguridad alimentaria,

* Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Especialista em Métodos Alternativos de Resolução de Controvérsias, pela Universidade de Salamanca, Espanha; Bacharel em Direito pela Universidade La Salle Pachuca, México.

** Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Analista Judiciária da Justiça Federal em Caxias do Sul, Brasil.

por otra parte deja un legado de degradación ambiental (deforestación para ampliación de las áreas de cultivo, contaminación del suelo y del agua, erosión, disminución de la biodiversidad, etc.), que dificulta el mismo mantenimiento de la agricultura.

De cualquier forma, la producción primaria de alimentos está necesariamente relacionada a la seguridad alimentaria y nutricional de los seres humanos, siendo indispensable para atender a las necesidades alimentarias diarias de una población en constante expansión. La atención a ese creciente consumo, a su vez, es objeto de grandes intereses económicos, englobando una parcela considerable de la actividad económica mundial.

En ese escenario, este estudio aborda algunos aspectos de la producción agrícola en lo que respecta a sus inter-relaciones con la seguridad alimentaria y nutricional, teniendo como destaque la demanda creciente determinada por el consumo de alimentos y las consecuentes implicaciones ambientales.

1. Producción de alimentos y seguridad alimenticia

El escenario del final de la II Guerra Mundial, en el cual la humanidad temía revivir las atrocidades del nazismo, dio impulso a un esfuerzo internacional para consagrar los derechos humanos en un documento internacional.¹ Así nace en 1945, la Organización de las Naciones Unidas - ONU -, seguida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), entendida como forma jurídica encontrada por la comunidad internacional para elegir los derechos esenciales para la preservación de la dignidad humana.² En este documento, la acción natural diaria de alimentarse ya había ganado reconocimiento como requisito indispensable para la calidad de vida de cualquier persona. En 1966 fue firmado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en cuyo artículo 11 había incluido expresamente el derecho a la alimentación adecuada como un derecho humano básico.

En la Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria Mundial (1996), los jefes de estado y de gobierno reafirmaron “el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, de acuerdo con el derecho a una alimentación adecuada y el derecho fundamental de toda

¹ ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 13.

² Idem, *ibidem*.

persona a no tener hambre”.³ A partir de este convenio, quedó consolidado un concepto amplio del derecho a la alimentación, que no se restringe únicamente al *derecho de no pasar hambre*, sino principalmente al reconocimiento de la necesidad de una dieta saludable, nutricional, regular y accesible. Por lo tanto, el sustantivo *alimentación* a partir de entonces pasa a ser acompañado por el adjetivo *apropiada*, añadiendo el sentido de una alimentación sana, regular y suficiente, capaz de proporcionar al individuo los nutrientes básicos para la salud y el pleno desarrollo físico y mental.

La evolución del contenido del derecho humano a la alimentación adecuada condujo al establecimiento de otro concepto fundamental, diseñado para promover su realización progresiva: la *seguridad alimentaria y nutricional*. La seguridad alimentaria tiene como objetivo, definir cómo una sociedad organizada particular, a través de políticas públicas, de responsabilidades del Estado y de la sociedad en su conjunto, que pueda y deba garantizar el derecho humano a una alimentación adecuada.⁴ Por lo tanto, una vez reconocido por un país en particular, como un derecho fundamental, el derecho a la alimentación, es el *derecho del ciudadano*, mientras que la seguridad alimentaria y nutricional es la contrapartida, es decir, *el deber de la sociedad y del Estado* correspondiente a ese derecho.

En este contexto, la idea de seguridad alimentaria y nutricional está relacionada con la evolución de la concepción del derecho humano a una alimentación adecuada y tiene como objetivo promover su realización progresiva: representa la garantía para todos al acceso regular y permanente a alimentos de calidad, en cantidades suficientes para sus necesidades nutricionales, incluyendo el incentivo a prácticas alimentares promotoras de la salud y que sean ambiental, cultural, económica y socialmente sostenibles.

La aparición del concepto de seguridad alimentaria se remonta al contexto europeo de la Primera Guerra Mundial. En su concepción original, el término *seguridad alimentaria* se relacionaba directamente con la idea de seguridad nacional y autonomía del Estado, traducida en la capacidad de cada país de producir sus propios alimentos y de proporcionar el

³ NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO). *Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial & Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação*. Roma, 1996. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

⁴ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Código de conduta internacional sobre o direito à alimentação adequada - como garantir sua efetivação. In: _____ (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 110.

mantenimiento de su población, para no estar vulnerable a posibles embargos o boicots de motivaciones políticas o militares.⁵ Así, seguridad alimentaria era entendida como la autosuficiencia de producción y el abastecimiento alimentario de determinado Estado, y tal concepción perduró hasta 1974, por ocasión de la primera Conferencia Mundial sobre la Seguridad Alimentaria promovida por la FAO.

En la década de 1970, una de las principales preocupaciones era el aumento demográfico y la incertidumbre sobre la capacidad de alimentar a la creciente población, como lo demostró el informe *Los Límites del Crecimiento*,⁶ elaborado por iniciativa del Club de Roma, publicado en 1972, por el que se difundió el principio de suficiencia, vinculado al concepto de seguridad alimentaria, y que asociaba la producción insuficiente de alimentos en los países pobres como causa de la inseguridad alimentaria y del hambre.

Como resultado, en 1974, durante la Conferencia Mundial de Alimentos, se discutió la crisis en la producción mundial de alimentos, siendo propuesto que todos los países asumiesen una política de almacenamiento estratégico a fin de garantizar la estabilidad de la oferta de alimentos y la regularidad del suministro. Según Flavio Valente, esta perspectiva consolidó la llamada “Revolución Verde”,⁷ que acabó por aumentar la producción de los alimentos y, al mismo tiempo, el número de hambrientos y de excluidos, además de promover graves daños al ambiente.⁸ Mediante la introducción de nuevas tecnologías, basadas principalmente en la selección de variedades de trigo, arroz, maíz, soya y otros cultivos para la exportación,

⁵ Op. cit., p. 111.

⁶ En el original, *Limits to Growth*. Consistió en un proyecto financiado por personas e instituciones privadas, integrantes del *Club de Roma*, y realizado por un grupo de investigadores del *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), entre los años de 1970 y 1972, teniendo como objetivo analizar las causas de largo plazo y las consecuencias del crecimiento de la población y de la economía material. MEADOWS, Dennis L. *Los límites del crecimiento: informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*. Traducción Ma. Soledad Loaeza de Graue. Fondo de Cultura Económica: México, DF, 1972.

⁷ Según Porto-Gonçalves, el término *Revolución Verde* tuvo origen en la polarización ideológica presente en el mundo en la época - socialismo versus capitalismo -, indicando oposición al ‘peligro rojo’, representado por la expansión socialista, que tenía en el hambre una de sus principales banderas. O sea, la *socialización de los medios de producción*, defendida por los ‘rojos’ como redención para el problema del hambre, era sustituida por la Revolución Verde, que defendía el uso de la ciencia y de la tecnología como formas de garantizar la producción de alimentos. (PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 227).

⁸ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Segurança alimentar e nutricional: transformando natureza em gente. In: _____. (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 111.

así como en el uso de fertilizantes químicos y la amplia mecanización del trabajo agrícola,⁹ la Revolución Verde, de hecho proporcionó un aumento significativo de la producción mundial de alimentos, determinando también cambios irreversibles en el escenario económico mundial.

La revolución se basó, sobre todo, en la confianza de que los productos agroquímicos serían la solución para el hambre en el mundo, siendo considerados un gran avance científico para garantizar una agricultura eficiente y productiva; sin embargo, aun superada la crisis mundial de alimentos, quedó sin resolverse el problema del hambre y la malnutrición, por ello, a principio de 1980, se reforzó la visión de que los problemas del hambre y la malnutrición eran originados más por problemas de demanda y distribución, es decir, de acceso, que de producción.¹⁰ A partir de entonces fue dado mayor énfasis a las causas económicas del hambre, destacando como problema clave en el tema de la seguridad alimentaria, el acceso económico a los alimentos, perjudicado o inviabilizado por la pobreza - falta de acceso y/o control sobre la tierra, el agua, los medios de producción y dinero.¹¹

A finales de la década de los 80 y comienzos de los 90, el concepto de seguridad alimentaria se expande aún más, incorporando otras nociones, así sintetizadas por Flavio Valente: (I) *el alimento debe ser seguro*, es decir, no puede ser tóxico, biológico o químicamente contaminado; (II) *la importancia de la calidad de los alimentos*, bajo los aspectos nutricional, biológico y tecnológico; (III) *balance de la dieta*, con el fin de satisfacer las necesidades fisiológicas del ser humano; (IV) *acceso a la información*, permitiendo a los consumidores la elección consiente de los alimentos, y; (V) *atención a las opciones culturales*, contemplando el respeto de los hábitos alimenticios de cada grupo de seres humanos.¹²

El respeto al reconocimiento de la dimensión cultural, se consideró un gran avance, ya que la importancia de la alimentación para los seres humanos ultrapasa las - también importantes - cuestiones orgánicas,

⁹ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. São Paulo: UNESP; Brasília/DF: NEAD, 2010. p. 29.

¹⁰ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada. In: _____ (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 41.

¹¹ Op. cit., p. 112.

¹² Idem, loc. cit.

como asegurar la supervivencia, el desarrollo y mantenimiento de la salud. De hecho, esta mirada ampliada al concepto de seguridad alimentaria es coherente con el valor social y cultural de los alimentos:

O ato de alimentar-se está muito além do fato de ingerir uma quantidade determinada de nutrientes para manutenção da vida biológica. Ele é um ato simbólico dotado de imensas potencialidades para o desenvolvimento social e a afirmação cultural dos homens. Os hábitos alimentares expressam a cultura das populações, suas formas peculiares de organização social, seu modo de pensar, de amar, de viver e até de morrer. Ser privado da alimentação não implica apenas desnutrição orgânica. Implica cerceamento ou limitação do desenvolvimento das potencialidades humanas.¹³

En resumen, la seguridad alimentaria y nutricional abarca diversos aspectos relacionados con la alimentación, empezando por la producción, pasando por aspectos sanitarios, nutricionales y culturales, incluyendo asimismo la disponibilidad física y económica de los alimentos a los consumidores. Es un concepto amplio, que proporciona una serie de parámetros para garantizar a todos el derecho a alimentarse adecuadamente:

Essa noção de segurança alimentar leva à análise de alguns elementos importantes na relação entre a produção e o consumo de gêneros agrícolas. Com base nesse conceito podemos, por exemplo, contrapor o modelo agrícola atual, que segue a lógica do mercado, às necessidades de alimentação da população; avaliar o custo excessivo dos alimentos para os mais pobres; pensar no valor cultural, social e ambiental das dietas tradicionais, que vêm sendo substituídas por alimentos industrializados, produzidos por grandes empresas transnacionais; observar os impactos causados pela produção e pelo consumo desses alimentos industrializados na saúde das pessoas e do ambiente.¹⁴

En este escenario, la agricultura se destaca como la principal actividad de producción de alimentos, que pueden ser destinados directamente al consumo (como en el caso de frutas, hortalizas y algunas especies de granos), o procesados posteriormente por la industria. Por lo tanto, la producción primaria está estrechamente vinculada a la seguridad

¹³ HIRAI, Wanda Griep. *Segurança alimentar em tempos de (in)sustentabilidades produzidas*. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2011. p. 27.

¹⁴ MARAFON, Glaucio José; SEABRA, Rogério dos S.; SILVA, Eduardo S. O. da. *O desencanto da terra: produção de alimentos, ambiente e sociedade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. p. 86.

alimentaria y nutricional del ser humano, pues todo lo que ingerimos es producido esencialmente por la naturaleza; aunque posteriormente modificada por la industria, la principal materia prima de nuestros alimentos proviene de plantas o animales.¹⁵

Sin embargo, la producción agrícola industrial, de la forma que se sigue practicando, impone diversos costos ambientales y sociales. Aunque los métodos modernos de agricultura, con la mecanización extrema y amplio uso de agroquímicos, hayan de hecho contribuido para el aumento de la producción, son innumerables las consecuencias negativas de este modelo, como se verá a continuación.

2. La presión de la agricultura sobre el medio ambiente

Es indiscutible que la producción agropecuaria consiste en un significativo factor de degradación ambiental en todo el planeta: “transformar un ecosistema en un agrosistema implica, siempre pérdidas, sean de diversidad biológica y/o de volúmenes físicos del suelo por exposición más directa a la radiación solar, a los vientos y a las lluvias.”¹⁶ Actualmente, los impactos negativos de la agricultura se agravan por diversos factores, como el aumento de la deforestación impuesta por la expansión de las áreas cultivables, la contaminación de los recursos naturales por el uso excesivo de fertilizantes y agrotóxicos, así como el agotamiento y la salinización del suelo, entre otros.

Sin embargo, la utilización de agrotóxicos es considerada una condición ineludible de la agricultura, estando relacionada al éxito o al fracaso de una cosecha. Se puede afirmar que todavía subsiste la creencia diseminada, sobre todo después de la Revolución Verde, de que los agroquímicos consisten en la solución para alejar al ser humano del peligro del hambre, siendo tratados como el grande avance científico para garantizar una agricultura eficiente y productiva, a través de la introducción de nuevas tecnologías, basadas en la amplia utilización de agrotóxicos y fertilizantes, así como en la selección y la manipulación genética de las especies.

No obstante ello, el uso intensivo y muchas veces indiscriminado de agroquímicos vienen provocando incontables daños ambientales

¹⁵ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Segurança alimentar e nutricional: transformando natureza em gente. In: _____ (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 106.

¹⁶ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 209.

- algunos de carácter permanente -, además de exponer a los trabajadores rurales a intoxicaciones agudas o crónicas, siendo muchos de ellos penalizados con el óbito o con el desarrollo de enfermedades degenerativas (especialmente algunos tipos de cáncer y enfermedades del sistema nervioso). También existe el peligro de los residuos químicos que permanecen en los alimentos, exponiendo la salud de los consumidores, siendo tema recurrente en el análisis de problemas de salud pública.¹⁷

Además de eso, la expansión del modelo de desarrollo rural - la agroindustria - se tiene asociado a la inviabilidad de la pequeña agricultura familiar, de la reproducción de los grupos indígenas y del abastecimiento de agua hacia las comunidades: “al erosionar y compactar los suelos, reduciendo sus nutrientes, alterando microclimas y afectando negativamente la biodiversidad animal y vegetal, los efectos de esa expansión han atingido en particular a los más pobres”.¹⁸ En efecto, al evaluar la nocividad del modelo agrícola dependiente de agrotóxicos y de fertilizantes químicos, generalmente es desconsiderado el contexto en que esos insumos son aplicados:

os quais são extremamente vulneráveis do ponto de vista social, político, ambiental, econômico, institucional e científico. Há uma verdadeira chantagem global que impõe o seu uso. Em nome da fome dos africanos, asiáticos e latino-americanos engorda-se o gado que alimenta os europeus e norte-americanos, a custa das externalidades ambientais e sociais sofridas e pagas por esses povos, sem que seus problemas de direitos humanos de acesso a terra entre outros estejam resolvidos.¹⁹

Por consiguiente, para Enrique Leff ocurre una pérdida potencial de los países en desarrollo, que es provocada por la introducción de

¹⁷ Para profundizar el tema de los reflejos respecto a los agrotóxicos en la salud humana, se puede consultar las siguientes obras: CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. Tradução Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010. p. 61; COLBORN, Theo; DUMANOSKI, Dianne; MYERS, John Peterson. *O futuro roubado*. Tradução Cláudia Buchweitz. Porto Alegre: L&PM, 1997. ROBIN, Marie-Monique. *El veneno nuestro de cada día: la responsabilidad de la industria química en la epidemia de enfermedades crónicas*. Traducción Margarita Merbilhãa. La Plata (Argentina): De la Campana, 2012. ARAGÃO, Alexandra et al (Org.). *Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

¹⁸ ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil - uma introdução. In: _____ (Org.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 12.

¹⁹ CARNEIRO, F. F. et. al. *Dossiê Abrasco [Associação Brasileira de Saúde Coletiva]: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro: Abrasco, 1. parte, abr. 2012. p. 48. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/eficiente/repositorio/Artigos/405.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

padrones tecnológicos inapropiados, así como por la “inducción de ritmos de extracción y por la difusión de modelos sociales de consumo que generan un proceso de degradación de sus ecosistemas, de erosión de sus suelos, de agotamiento de sus recursos y de exterminio de sus culturas”.²⁰

De esta forma, los países más pobres - entre ellos los latinoamericanos -, soportan no solamente el déficit ambiental, históricamente construido en perjuicio de sus ecosistemas y en beneficio de los colonizadores. Hoy en día los países subdesarrollados se encuentran de igual manera presos a las nuevas formas de colonización, ahora centradas en su potencial productivo (en el caso en análisis, la producción de *commodities*²¹ agrícolas) y de consumo (de agroquímicos y alimentos, industrializados por empresas transnacionales), por ejemplo, dentro de una misma lógica de explotación.

Así, la consolidación del modelo agrario-agrícola de monocultivo, en el cual se acentúa la dependencia del agricultor delante del complejo industrial-financiero altamente oligopolizado, provoca un aumento de la inseguridad alimentaria, tanto de los agricultores y sus familias como del país como un todo.²² De esta forma, “un sector estratégico, como el de la producción de alimentos, se disloca para las manos de unas pocas empresas transnacionales”.²³

Además de eso, “aplicaciones cada vez más intensas de agrotóxicos y de otros productos químicos de la agricultura, han resultado en la contaminación del suelo, agua y del medio ambiente de forma generalizada por más de una clase de sustancias tóxicas”,²⁴ pasando dicha carga para las generaciones futuras.

De cualquier forma, ese modelo de progreso basado en la explotación intensiva de los recursos naturales y en la tecnología ya enfrenta dificultades:

Em grande parte do mundo em desenvolvimento, o famoso crescimento da alta produtividade da Revolução Verde está diminuindo gradativamente e, em alguns casos, até mesmo declinando

²⁰ LEFF, Enrique. *Ecología, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Tradução Jorge E. Silva. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 28.

²¹ Entiéndase como: bienes que conforman las materias primas esenciales de nuestra economía y del mundo.

²² PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 222-223.

²³ Op. cit., p. 280.

²⁴ FISCHER, Gert Roland. *Menos veneno no prato*. 2. ed. Florianópolis: Paralelo 27, 1993. p. 20.

- em parte, pela falta de fertilizantes e outras substâncias químicas, mas em parte devido ao abuso dessas mesmas substâncias químicas que exauriram a capacidade produtiva do solo. Mesmo onde as produtividades podem ser mantidas, como no meio-oeste americano, o preço tem sido a contaminação de fontes de água e rios por substâncias químicas poderosas capazes de transformar baías e águas costeiras em zonas de mortandade maciças, destituídas de peixes ou quase qualquer espécie de vida.²⁵

Así, ese sistema de producción agrícola tan obstinado con costos menores y volúmenes crecientes, incentivado por una lógica que impone a la naturaleza una producción con padrones industriales, se enfrenta con los límites ocasionados por la presión sobre los recursos naturales:

A terra arável está se tornando cada vez mais escassa. Insumos como pesticidas e fertilizantes estão cada vez mais caros. A degradação e a erosão do solo decorrentes da agricultura hiperintensiva estão custando milhões de hectares de terra cultivada a cada ano. Os estoques de água estão sendo rapidamente esgotados em várias partes do mundo, ao mesmo tempo em que o preço crescente do petróleo - o sangue vital da agricultura industrial - está pondo em cheque todo o modelo do agronegócio.²⁶

Inclusive en las regiones más desarrolladas, en que los métodos de la Revolución Verde están consolidados, se verifica un estancamiento de la productividad, siendo que la reversión de ese fenómeno será muy difícil con la utilización de los medios de producción convencional. Marcel Mazoyer y Laurence Roudart ponderan que esa reducción puede estar relacionada con el propio abuso de esos medios de producción convencionales:

De fato, em muitos lugares, abusos de utilização foram cometidos, que levaram a inconvenientes, até mesmo a inversões de ordem ecológica, sanitária ou social: diversos tipos de poluições, prejuízos à qualidade e à segurança sanitária dos alimentos, concentração excessiva das produções e abandono de regiões inteiras, degradação dos solos e do ambiente [...] Nessas condições, para restabelecer a qualidade do meio-ambiente ou dos produtos, será preciso, sem dúvida, impor restrições ao emprego desses meios de produção, o que não coincidirá com novos aumentos da produtividade.²⁷

²⁵ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Prólogo.

²⁶ Op. cit., p. 208-209.

²⁷ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. São Paulo: UNESP; Brasília/DF: NEAD, 2010. p. 33.

Siguiendo el pensamiento de Paul Roberts, la tendencia impuesta al sector agropecuario de seguir padrones industriales de producción - tanto en calidad (padronización de los productos) como en cantidad (traducida en el volumen y en la regularidad de oferta) - llega a su límite. La producción de alimentos incluso puede seguir el conocido principio económico de la oferta y la demanda, creando empleos y generando ingresos y ganancias. Sin embargo, “el producto subyacente - lo que comemos - nunca en realidad se conformó a los rigores del modelo industrial moderno”,²⁸ pues esa actividad siempre dependerá, en cierta medida, de los recursos naturales y de los ciclos biológicos, con su lógica y tiempos propios. Por lo que respetar ese límite es fundamental, considerando que “nunca habrá una versión sintética del alimento”.²⁹

Fisicamente, o alimento é tão impróprio à produção em massa que tivemos de reengendrar as plantas e os animais para torná-los mais prontamente colhidos, e processados (e até mesmo esses materiais atualizados continuam tão frágeis que têm de ser retificados com conservantes, flavorizantes e outros aditivos). Nossos métodos agrícolas e fabris acarretam custos ‘externos’ tão enormes - do escoamento de agroquímicos às desigualdades da mão-de-obra barata, passando por um excedente asfixiante de calorías - que a longevidade do sistema no momento é seriamente questionável. Mesmo a mudança da cozinha de casa para a fábrica, embora nos tenha livrado para que pudéssemos perseguir outras metas, também nos deixou com um conhecimento e um controle muito menores daquilo que comemos.³⁰

Estos datos señalan el hecho de que la intensa explotación de los recursos naturales, sin los necesarios cuidados hacia el medio ambiente, podrá anticipar el agotamiento del sistema productivo agrícola, como ya acontece en varios países desarrollados. Eso representa todavía, para los países en desarrollo como Brasil y México, una necesidad creciente de aplicación de agroquímicos, y consecuentemente una dependencia cada vez mayor de los mercados externos para la adquisición de insumos químicos.

Para ello, sin duda será necesaria una fuerte intervención gubernamental, con el fin de restringir aún más su autorización, importación y

²⁸ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Prólogo.

²⁹ Idem, loc. cit.

³⁰ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Prólogo.

uso. Sin frenos institucionales, los pesticidas y los fertilizantes químicos continuarán utilizándose hasta el umbral de la rentabilidad, que suele ser mucho más allá del umbral de nocividad.³¹

Es necesario referir el hecho de que el uso intensivo de agrotóxicos ha transformado varias plagas resistentes a los principios activos, siendo necesario dosis cada vez más altas para erradicarlos de las cosechas: “difícilmente los agrotóxicos consiguen eliminar toda la población de plagas, permitiendo que los sobrevivientes se tornen resistentes a estos productos”.³² En este sentido, la teoría de la Trofobiose, de Francis Chaboussou, demostró que la utilización de fertilizantes químicos y agrotóxicos perturba la fisiología de las plantas, tornándoles susceptibles a insectos, ácaros y hongos. Así, “la planta o más específicamente, el órgano será atacado solamente en la medida en que su estado bioquímico, determinado por la naturaleza y por el contenido en sustancias solubles nutricionales, corresponda a las exigencias tróficas del parásito en cuestión”.³³ La teoría explica, por lo tanto, porqué las pocas decenas de plagas y enfermedades vegetales registradas hasta 1945 - especialmente los ácaros -, hoy en día se consideran más de mil. Por otra parte, es posible entender los motivos por los cuales las plantas cultivadas en suelos ricos en materia orgánica y que prescinden del uso de agrotóxicos no son atacadas por plagas y enfermedades: “la nutrición de plantas con sustancias complejas genera una predominación de proteosíntesis, circunstancia fisiológica adversa a los parásitos”.³⁴

Es decir, la agricultura moderna ignora el papel que ocupa cada pequeño organismo para la salud del suelo. Bacterias, ácaros, insectos, hongos y algas trabajan en la descomposición de residuos vegetales y animales, reduciendo los elementos químicos, lo que permite su absorción por las plantas.³⁵ Sin las bacterias fijadoras de nitrógeno, las plantas morirían

³¹ VEIGA, José Eli da. A agricultura no mundo moderno: diagnóstico e perspectivas. In: TRIGUEIRO, André (Org.). *Meio ambiente no século 21*. 5. ed. Campinas/SP: Armazém do Ipê, 2008. p. 201.

³² EHLERS, Eduardo. *Agricultura sustentável: origens e perspectiva de um novo paradigma*. 2. ed. Guaíba/RS: Agropecuária, 1999. p. 90.

³³ CHABOUSSOU, Francis. *Plantas doentes pelo uso de agrotóxicos: novas bases de uma prevenção contra doenças e parasitas: a teoria da trofobiose*. Tradução Maria José Guazzelli. São Paulo: Expressão Popular, 2006. p. 76.

³⁴ MACHADO, Luis Carlos Pinheiro. Apresentação. In: CHABOUSSOU, Francis. *Plantas doentes pelo uso de agrotóxicos: novas bases de uma prevenção contra doenças e parasitas: a teoria da trofobiose*. Tradução Maria José Guazzelli. São Paulo: Expressão Popular, 2006. p. 12.

³⁵ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. Tradução Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010. p. 58.

debido a la falta de ese gas, no obstante exista en abundancia a su alrededor. Por su parte Rachel Carson destaca la importancia de los gusanos, cuyos túneles airean el suelo, conservándolo drenado y a su vez ayuda a la penetración de las raíces, además de descomponer la materia orgánica a través de su aparato digestivo, nutriendo el suelo con sus desechos.³⁶ Este delicado equilibrio, desarrollado durante una evolución de millones de años, se encuentra afectado por la introducción de sustancias químicas venenosas, trayendo una contaminación letal a muchos de esos innumerables organismos vitales para la calidad del suelo.³⁷

Una porción significativa de la susceptibilidad y de la inestabilidad de los agro-ecosistemas pueden ser atribuidos a las vastas áreas de monocultivos que “al concentrar recursos, acaban trayendo herbívoros especializados en ciertas culturas, e incrementan las áreas disponibles para la inmigración de plagas”.³⁸ Esa simplificación tiende a reducir las oportunidades ambientales para la supervivencia de los enemigos naturales de insectos y otros animales no deseados en los cultivos.

Hans Jonas pondera que esas tecnologías agrícolas de maximización acrecientan impactos acumulativos sobre la naturaleza que apenas comienzan a evidenciarse en ámbito local. Como ejemplo, el autor refiere la “salinización de los suelos por el riego constante, la erosión causada por arar los campos” así como “el más fundamental de los límites: los fertilizantes son una forma de energía, encuadrándose en el problema doble de la obtención y del consumo de energía en el interior del sistema cerrado del planeta”.³⁹

De hecho, a partir del descubrimiento de los fertilizantes sintéticos, fabricados a base de petróleo, la agricultura ha aumentado exponencialmente en su productividad, ya que no dependía de los procesos químicos naturales; Sin embargo, “cuando la humanidad adquirió el poder de fijar nitrógeno, el fundamento de la fertilidad del suelo, se desplazó de una total dependencia de la energía del Sol, para una nueva dependencia

³⁶ Idem, loc. cit.

³⁷ Op. cit., p. 60.

³⁸ ALTIERI, Miguel. *Agroecología: bases científicas para una agricultura sustentável*. Tradução Rosa L. Peralta, Eli Lino de Jesus e Gabriel Bianconi Fernandes. 3 ed. Rio de Janeiro: Expressão Popular, AS-PTA, 2012. p. 28.

³⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. p. 302.

en relación a los combustibles fósiles”.⁴⁰ Sin embargo, ese uso de energía a largo plazo se revela ineficiente: “muchos de nuestros cultivos ya consumen más energía en insumos - combustibles, fertilizantes, pesticidas, maquinaria, siderurgia, transporte - que la energía captada por la fotosíntesis en la agricultura”.⁴¹ Además de eso, los residuos de fertilizantes son llevados por el agua de lluvia a los ríos o mantos freáticos, alterando así la composición química de los ríos y del mar.⁴²

En este sentido, Altieri también recuerda que:

[...] a manutenção das monoculturas exige aportes crescentes de agrotóxicos e fertilizantes, mas a eficiência de sua utilização está diminuindo e a produtividade das principais culturas já estão em declínio. Existem diferentes opiniões sobre os fatores que causam esse fenômeno. Alguns acreditam que a produtividade está se estabilizando porque o potencial máximo das variedades atuais está sendo atingido e, portanto, é preciso recorrer à engenharia genética para reprojeter as culturas. Já para os agroecologistas, essa estabilização se deve à contínua erosão da base produtiva da agricultura decorrente de práticas insustentáveis.⁴³

Por lo tanto, la práctica de monocultura extensiva es objeto de diversas críticas, por sus nocivas consecuencias sociales y ambientales. Entre los efectos deletéreos, está la pérdida de la biodiversidad de la agricultura. Esta imposición de la lógica del hombre, de maximizar la eficiencia, traducida en la opción por los grandes monocultivos, se contraponen a la diversidad presente en el medio ambiente natural:

Isso é algo que a natureza nunca faz; em vez disso - e por boas razões - opta pela diversidade. Grande parte dos problemas sanitários e ambientais produzidos pelo nosso sistema alimentar deve-se às nossas tentativas de simplificar excessivamente as complexidades da natureza, tanto no que diz respeito à ponta da produção quanto ao consumo na nossa cadeia alimentar.⁴⁴

Otro aspecto negativo es la pérdida de la biodiversidad en sí misma, relacionada a la cuestión de la soberanía alimentaria y la extinción de las especies de diferentes culturas. Es decir, anteriormente la selección de

⁴⁰ Idem, loc. cit.

⁴¹ LUTZENBERGER, José. *Crítica ecológica do pensamento econômico*. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 49.

⁴² POLLAN, Michael. *O dilema do onívoro: uma história natural de quatro refeições*. Tradução Cláudio Figueiredo. Rio e Janeiro: Intrínseca, 2007. p. 54-57.

⁴³ Op. cit., p. 29.

⁴⁴ Op. cit., p. 17.

la semilla era hecha por el propio agricultor, que reservaba una parte de la producción para la siembra del cultivo siguiente, eligiendo las variedades más adaptadas a sus necesidades; hoy en día esas semillas son adquiridas de grandes empresas multinacionales, limitando las opciones del productor y la determinación de su dependencia económica.

Walter Simon de Boef reafirma que la pérdida de biodiversidad en la agricultura (diversidad genética) acontece por el proceso de sustitución de variedades locales, indígenas, tradicionales o criollas, por variedades de alto rendimiento. El autor amplía la gama de aspectos negativos decurrentes de ese distanciamiento:

Afora a perda física de combinação de genes, de genes ou, mais visivelmente, das variedades locais, também o conhecimento tradicional de cultivos e de variedades específicos é ameaçado em um processo de erosão. Habilidades de como manejar e usar determinadas espécies ou variedades são perdidas pelo desenvolvimento moderno da agricultura, orientada pela globalização das práticas agrícolas: poucos tipos de cultivos e poucas variedades.⁴⁵

Este proceso también es denominado de erosión genética, ya que hay una pérdida de genes mediante la opción de la semilla “moderna”.⁴⁶ Así, con la expansión de la agricultura industrial, se pierden no sólo las semillas de los cultivos tradicionales, sino el conocimiento disponible para la producción de las especies locales, abundantes en razón de su natural adaptación al ecosistema, y disponible para la manutención de las unidades familiares rurales. Extinguiéndose incluso el conocimiento de las propiedades medicinales y culinarias específicas de cada especie, así como la forma de su elaboración y preparación.⁴⁷

En este escenario, los diversos costos ambientales decurrentes de la producción primaria de alimentos implican desafíos para hacer frente a la creciente demanda, tema que será abordado a continuación.

3. El consumo creciente y los desafíos a la seguridad alimentaria

Uno de los argumentos más recurrentes en favor de los métodos de la agricultura moderna, es que ella consiste en la única manera eficiente de garantizar alimentos para todos, especialmente frente al constante

⁴⁵ BOEF, Walter Simon de. Biodiversidade e agrobiodiversidade. In: BOEF, Walter Simon de et al *Biodiversidade e agricultores: fortalecendo o manejo comunitário*. Ipê (RS): L&PM, 2007. p. 39.

⁴⁶ Idem, loc. cit.

⁴⁷ Op. cit., p. 40.

crecimiento demográfico.⁴⁸ Según esta ideología, para poder solucionar el problema del hambre en el mundo, así como para garantizar la alimentación de los millones de personas que están aún por llegar en las próximas décadas, los agrotóxicos constituyen un riesgo con el cual los seres humanos tendrán forzosamente que convivir.

Podemos afirmar que después de la publicación de la polémica Teoría de Malthus,⁴⁹ el fantasma del hambre permaneció incentivado por el discurso de que el constante crecimiento de la población mundial siempre requerirá una mayor oferta de géneros alimenticios, presionando progresivamente el sector primario al aumento de su producción. Aunque el escenario actual sea menos pesimista que lo previsto por Malthus, la Organización para la Alimentación y la Agricultura de las Naciones Unidas (FAO) estima que “la demanda mundial de alimentos aumente un 60% para 2050”.⁵⁰

El discurso sobre esa demanda creciente es visto con cautela por algunos autores, que atentan para la temeridad de la asociación simplista entre hambre y la falta de alimentos, ya que eso desemboca en argumentos desastrosos tanto para la preservación ambiental como para la salud humana, como es el ejemplo del uso excesivo de productos químicos en la agricultura o incluso una mayor expansión agrícola sobre los bosques nativos. De hecho, la presión sobre el sector de producción agrícola contempla causas bastante complejas, que trascienden la cuestión demográfica. Es preciso considerar especialmente las variables de orden económica,⁵¹

⁴⁸ LUTZENBERGER, José Antônio. *Absurdo da agricultura moderna: dos fertilizantes químicos e agrotóxicos à biotecnologia*. 1998. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/ biotec.html>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

⁴⁹ Se trata de la tesis presentada en la obra *Ensaio sobre o principio da população*, por el inglés Thomas Robert Malthus, en 1798. Para él, la población tendría un poder “infinitamente mayor” de crecimiento, en comparación con la capacidad de la Tierra de suministrar la subsistencia humana, una vez que la población crece en progresión geométrica (VIVIEN, Franck-Dominique. *Economia e ecologia*. São Paulo: Senac, 2011. p. 45). Así, la población poseería la capacidad de duplicarse a cada 25 años, habiendo una necesidad de adopción de “políticas de control de natalidad”, especialmente en países pobres y subdesarrollados, sobpena de que el hambre se volviera irreversible. (MALTHUS, Thomas Robert. *Ensaio sobre o principio da população*. Tradução Eduardo Saló. Coleção Clássicos. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1999.)

⁵⁰ NAÇÕES UNIDAS. Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas (FAO). *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012*. Crecimiento económico, hambre y malnutrición. p. 33. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 enero 2014.

⁵¹ Una importante contribución para el análisis del sector alimenticio y su masiva industrialización, con enfoque en cuestiones económicas que afectan la seguridad alimentaria y nutricional, envolviendo desde la producción hasta la transformación industrial, es ofrecida en la obra de ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

como la globalización del comercio de alimentos, la imposición de padrones industriales de producción, en cuanto se refiera a la calidad, cantidad y regularidad de suministro, las pérdidas ocurridas a lo largo de toda la cadena de producción e incluso las preferencias y el poder adquisitivo de los consumidores, entre otros.

En este sentido, John Madeley insiste en que no hay relación entre la persistencia del hambre en un país y su población, observando que altos índices de desnutrición y de hambre crónica se encuentran constatados tanto en países densamente poblados - como ocurre en Bangladesh y Haití - como en naciones de baja densidad de población, siendo el caso de Brasil o de Indonesia.⁵² Para ello se puede afirmar categóricamente: "hoy, el mundo produce más alimentos por habitante de lo que jamás produjo".⁵³

Efectivamente, aunque se haya presentado un aumento significativo de la productividad agropecuaria en todo el mundo en números absolutos⁵⁴ - lo que en teoría, garantizaría la abundancia de alimentos para todos -, lo anterior no llevó a la erradicación del número de hambrientos, desnutridos y subnutridos propagados a través de los continentes. Según cifras de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), en el período de 2010-2012, el número de personas subnutridas en el mundo alcanzó 870 millones, los cuales representan el 12.5% de la población mundial, o uno de cada ocho personas. Gran parte de este porcentaje - alrededor de 852 millones - viven en países en desarrollo, donde se estima que la prevalencia de subnutrición alcance un 14.9% de la población.⁵⁵

Es por ello, que surge la necesidad de reconocer que las situaciones de inseguridad alimentaria, como la desnutrición y el hambre, no sólo poseen determinantes ambientales, ni son derivadas únicamente de

⁵² MADELEY, John. *O comércio da fome*. Tradução Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis/RJ: Vozes, 2003. p. 59.

⁵³ Ídem, loc. cit.

⁵⁴ En este sentido, el relatório *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*, elaborado por el Club de Roma en 2007, refiere que "el índice de producción total de alimentos (índice = 100 en 1952-56) duplicó o triplicó en los últimos 50 años en las regiones del mundo en que el hambre es mayor, pero el índice de producción de alimentos por persona ha cambiado poco en esas regiones, porque la población crece tan rápidamente cuanto a la producción" (MEADOWS, Donella e Dennis; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007. p. 48). En el mismo documento consta todavía que en el año 2000, la producción mundial de granos fue más de tres veces mayor que la de 1950 (Op. cit., p. 57).

⁵⁵ NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação - FAO. *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo*. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2845s/i2845s00.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

la ecuación de la oferta y/o demanda de alimentos. Esas situaciones se encuentran en gran medida vinculadas a la problemática del acceso económico de la población hacia los géneros alimenticios. Estudios como los realizados entre las décadas de los años 40 y 60 por el médico y geógrafo brasileño Josué de Castro,⁵⁶ sobre las causas socioeconómicas del hambre y la desnutrición crónica, demuestran como la pobreza es un factor determinante de la mayoría de los cuadros de inseguridad alimentaria. Por lo tanto, a pesar de una producción mundial suficiente de alimentos, el hambre permanece, ya que es el resultado de una barrera económica: ella “surge del abismo social en el mundo contemporáneo, por la falta de condiciones financieras para comprar alimentos”.⁵⁷

Como retrato de las contradicciones sociales y económicas del sistema capitalista, conviven hambrientos y desnutridos (por una alimentación insuficiente), juntamente con un número mucho mayor de personas obesas, con sobrepeso o mal nutridos, como consecuencia de una ingesta excesiva y/o inadecuada de alimentos:

A nivel mundial, el número de personas con sobrepeso ha rebasado los 1.400 millones de adultos, superando así el número de personas subnutridas en todo el mundo.[...] El mundo soporta una “doble carga de la malnutrición” cada vez mayor, conforme a la cual la desnutrición, especialmente entre los niños, coexiste con el sobrepeso y las enfermedades crónicas relacionadas con la dieta y la malnutrición por carencia de micronutrientes.⁵⁸

De hecho, los datos recientes de la FAO indican que una mayor disponibilidad económica de la población no siempre se traduce en una alimentación adecuada. Por ejemplo, “entre 1960 y 2002 el consumo *per cápita* de carne en los países en desarrollo, se a más que duplicado, de un exiguo de apenas 10 kg para 25 kg, continuando con un crecimiento de 33 kg hasta 2030”.⁵⁹ Una mayor ingesta de alimentos de origen animal - como

⁵⁶ Entre otras obras: CASTRO, Josué de. *Geografia da fome: o dilema brasileiro: pão ou aço*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; _____. *O livro negro da fome*. São Paulo: Brasiliense, 1960; _____. *Geopolítica da fome: ensaio sobre os problemas de alimentação e de população do mundo*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961.

⁵⁷ MARAFON, Glaucio José; SEABRA, Rogério dos S.; SILVA, Eduardo S. O. da. *O desencanto da terra: produção de alimentos, ambiente e sociedade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. p. 85.

⁵⁸ NAÇÕES UNIDAS. Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas (FAO). *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012*. Crecimiento económico, hambre y malnutrición. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 enero 2014.

⁵⁹ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 213.

la carne roja, leche y huevos -, significa en principio, una mejor calidad de alimentación, ya que estos alimentos proporcionan proteínas complejas, nutrientes importantes para el organismo humano.⁶⁰ Sin embargo, su consumo en exceso representa lo contrario de la buena salud, estando relacionada con el aumento de las denominadas *enfermedades de la afluencia* (enfermedades cardíacas, obesidad, diabetes y cáncer).⁶¹

Así, en el compás de la creciente riqueza de los consumidores, hay un aumento en el consumo de alimentos, distintos de los alimentos básicos. Sin embargo:

[...] algunos de estos alimentos mejorarán el estado nutricional, mientras que otros no. Las personas sí otorgan importancia a la mejora de la nutrición, pero también quieren comer alimentos más sabrosos. Además, tal vez desconocen los problemas de salud relacionados con el consumo de determinados alimentos, que podrían provocar obesidad, y la importancia de algunos micronutrientes como el yodo, el hierro, el zinc o la vitamina A, cuya carencia provoca "hambre encubierta". Al aumentar la riqueza de los consumidores, estos tienden a incrementar el consumo de alimentos distintos de los alimentos básicos [...].⁶²

Es decir, el aumento de la capacidad económica de la población, a pesar de sobreponer la dolorosa hambre, puede conducir a la adopción de hábitos de consumo inadecuados, muchas veces destinados a facilitar la agitada vida urbana, optando por la *comida rápida*, así como por productos *industrializados* o *precocidos*. En consecuencia, "las dietas contienen

⁶⁰ En las estadísticas constantes del informe "El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012", elaborado por la Organización para la Alimentación y Agricultura de las Naciones Unidas (FAO), consta que la proporción de alimentos de origen animal integra cerca de 18% y 20% de la ingesta diaria de los brasileños y mexicanos, respectivamente, mientras la dieta de los americanos y de otros habitantes de países desarrollados, se aproxima al 25% (proporción de alimentos de origen animal en el suministro total de energía alimentaria). En países de mayor pobreza y menor crecimiento económico, como Bangladesh y Nigeria, por ejemplo, ese porcentual no llega a 5%. (NAÇÕES UNIDAS. Organización para la Alimentación y Agricultura de las Naciones Unidas (FAO). *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012*. Crecimiento económico, hambre y malnutrición. Figura 12, p. 19. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 enero 2014.)

⁶¹ SINGER, Peter; MASON, Jim. *A ética da alimentação: como nossos hábitos alimentares influenciam o meio ambiente e o nosso bem-estar*. Tradução Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 267.

⁶² NAÇÕES UNIDAS. Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas (FAO). *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012*. Crecimiento económico, hambre y malnutrición, p. 27. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 jan. 2014.

cada vez más alimentos de alta densidad energética y semielaborados, y aumentan su contenido en grasas saturadas, azúcares y colesterol”.⁶³

En este sentido, se hace necesario atender hacia el impacto de crecimiento de la demanda por productos de origen animal, tales como la carne:

Entre 1960 e 2002 o consumo de carne per capita nos países em desenvolvimento mais do que duplicou, de parcos 10 kg para 25 kg, e caminhando para 33 kg até 2030. [...] E, em meados do século, a demanda global de carne será de 465 milhões de toneladas, bem mais que o dobro do nível atual, o que, por sua vez, exigirá que produzamos mais um bilhão de toneladas de grãos para ração - um aumento que dará frente à grande parte de nosso conhecimento, não só em termo de ciência e agricultura, mas também em termos de população, segurança alimentar e, em última análise, progresso.⁶⁴

Singer y Mason critican el crecimiento de la cría de animales - pollos, peces, ganado, cerdos - para la producción de carne, por ser una forma ineficiente de alimentar a los seres humanos, ya que impone una presión mucho mayor sobre el medio ambiente en términos de agua, suelo y energía, que otras formas de producción. En sus palabras, “sería más eficiente utilizar las plantaciones para producir alimentos para que los seres humanos comiesen”.⁶⁵ De hecho, la eficiencia de la producción de carne, vista bajo el ángulo del consumo del grano, es baja: para producir 1 kg de carne bovina, son necesarios aproximadamente 13 kg de granos; en el caso de los puercos, son necesarios 6 kg para obtener 1 kg de carne; en el caso de los pollos, la proporción es de 3 a 1.⁶⁶ En cuanto al consumo de agua, las estimativas varían en cuanto los criterios de evaluación, pero hay estudios - optimistas - que señalan ser necesarios casi 14 mil litros de agua para producir un único kilo de carne bovina.⁶⁷

De igual forma, los autores citan estimativas según las cuales, sería imposible que todos los habitantes del planeta comieran la misma

⁶³ Idem, loc. cit.
27. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 jan. 2014.

⁶⁴ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 213.

⁶⁵ SINGER, Peter; MASON, Jim. *A ética da alimentação: como nossos hábitos alimentares influenciam o meio ambiente e o nosso bem-estar*. Tradução Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 252.

⁶⁶ Op. cit., p. 255.

⁶⁷ Idem, loc. cit.

cantidad de carne consumida actualmente por la población de los países desarrollados, “para producir esa cantidad de carne en la ausencia de algunos avances imprevistos en la bioingeniería, sería necesario 67% más de tierras cultivadas, que el mundo posee”.⁶⁸ Rechazan, de esta forma la imposición dictada por el mercado, mediante el incremento aún mayor de ese sector:

Para talvez um bilhão das pessoas mais pobres do mundo, a fome e a desnutrição ainda constituem problemas. Mas a produção industrial de animais não vai resolver esse problema, já que, em países em desenvolvimento, a indústria atende a crescente classe média urbana, não aos pobres, que não podem pagar por seus produtos. Em países em desenvolvimento, os produtos das granjas são escolhidos por seu sabor e seu *status*, não pela saúde do consumidor. O maior e mais abrangente estudo do mundo sobre dieta e doenças mostrou que, na China rural, a boa saúde e o crescimento normal são obtidos com uma dieta que inclui apenas um décimo da quantidade de alimentos de origem animal consumidos pelos norte-americanos.⁶⁹

Como ya se refirió, el aumento económico de la población está llevando a un mayor consumo de alimentos de origen animal. Este aumento gradual, sin embargo, preocupa a los ambientalistas porque representa la creciente deforestación de áreas nativas, no sólo para la crianza de ganado directamente, sino especialmente para la producción de granos que alimentan a los animales. En efecto, la globalización del mercado mundial permite que las mercaderías circulen libremente, especialmente *commodities* como granos:

Assim, o consumo de carne nos Estados Unidos contribui indiretamente para o desflorestamento em outros países, com uma resultante perda da biodiversidade. Os norte-americanos podem estar consumindo produtos de animais criados nos Estados Unidos, alimentados com soja brasileira, que foi cultivada em terras onde antes havia uma floresta tropical. Além disso, quando os norte-americanos compram carne, ovos e leite que foram produzidos utilizando terras que poderiam de outra forma cultivar plantações para a exportação, terras adicionais fora dos Estados Unidos podem ter tido suas florestas selvagens devastadas em consequência. [...]

A maior parte da soja cultivada no Brasil é exportada para a alimentação de animais. Uma vez que dar soja como alimento aos

⁶⁸ Op. cit., p. 253.

⁶⁹ Op. cit., p. 267.

animais reverte somente uma parte do valor alimentar original, uma dieta baseada em produtos derivados de animais contribuirá mais para a destruição das florestas tropicais do que uma dieta baseada diretamente em grãos.⁷⁰

Se puede cuestionar, de todos modos, la sostenibilidad de los sistemas y de las practicas alimentarias y, particularmente, “si las mejoras significativas en la dieta - y el espectacular incremento en el consumo de carne en particular - que ocurrían en el siglo pasado pueden ser mantenidos en el próximo siglo”.⁷¹ En opinión de Paul Roberts, “si queremos tener cualquiera chance de satisfacer la demanda futura de alimentos de forma sostenible, reducir el consumo de carne será absolutamente esencial”.⁷² En este contexto, la cuestión no es simplemente si seremos capaces de alimentar a 9.5 mil millones de personas en el año 2070; lo importante será determinar por cuánto tiempo podremos continuar satisfaciendo a las demandas de 7 mil millones de personas vivas hoy en día,⁷³ frente a los crecientes índices de consumo incentivados por la omnipresente industria alimenticia.

Dado que la cultura de los pueblos se refleja en la alimentación, hoy la cultura predominante, especialmente los grandes centros urbanos, es la cultura del consumo. En efecto, las prácticas tradicionales de preparación de la comida, pierden cada vez más espacio para la homogeneidad ofrecida por los productos industriales. Ese gradual distanciamiento de los consumidores del proceso de preparación de los alimentos, viene siendo un gran beneficio para la industria alimenticia: “eso no sólo dio lugar a una creciente demanda de alimentos procesados, como un premio aún mayor en el valor añadido de la rapidez”.⁷⁴ En una vida en que el tiempo es escaso, la producción industrial explora eso como una gran oportunidad de presentar nuevas “oportunidades de alimentación”, en la jerga del sector. Un ejemplo singular es la adopción de un nuevo criterio para el lanzamiento de nuevos productos: la posibilidad de ser consumido con solamente una de las manos, para que el consumidor no precise abandonar el *teléfono celular*, la *tablet* o la *computadora* durante las comidas.⁷⁵

⁷⁰ SINGER, Peter; MASON, Jim. *A ética da alimentação: como nossos hábitos alimentares influenciam o meio ambiente e o nosso bem-estar*. Tradução Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 254.

⁷¹ ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 209.

⁷² Op. cit., p. 210.

⁷³ Op. cit., p. 208-209.

⁷⁴ Op. cit., p. 43-44.

⁷⁵ Op. cit., p. 44.

Así, la demanda por alimentos debe de ser entendida también como una demanda de la *industria alimenticia*, delante de la necesidad de materias primas cada vez más baratas para la fabricación de productos altamente procesados, que puedan así tener valor añadido de venta para los consumidores de mayor poder adquisitivo.

Dada la complejidad de la ecuación de la producción y consumo de alimentos - analizada aquí en líneas generales -, se puede afirmar que el enfrentamiento de la problemática ambiental existente en el proceso, que requiere varias mudanzas, no solamente en el ámbito de los medios productivos del sector primario, sino también con respecto a las opciones de los consumidores, que representan la punta de la cadena productiva.

En este sentido, el mayor acceso a la información y una creciente concientización de la sociedad sobre las consecuencias de las actividades humanas de gran impacto ambiental, empieza a alcanzar las elecciones alimenticias de buena parte de la población. Eso explica el creciente de la demanda por productos más nutritivos y saludables, libres de residuos tóxicos y con menor impacto ambiental y social. En efecto, "la preocupación de los consumidores sobre los efectos nocivos de los agrotóxicos hacen crecer el espacio en el mercado para los productos orgánicos".⁷⁶ De hecho, informaciones proporcionada por el Ministerio de Desarrollo Agrario brasileño, mencionan que el mercado de estos productos viene creciendo a tasas de dos dígitos anuales. Según lo divulgado en el sitio de referido órgano en Internet, el mercado de productos orgánicos se expande en Brasil aproximadamente 20% al año, por encima de la tasa mundial, que es del 15%.⁷⁷

Más allá del significativo movimiento económico engendrando en esa gran e incipiente demanda, Eduardo Ehrles afirma que "la creciente presión de la opinión pública y de las legislaciones ambientales, tanto en relación a la salubridad de los alimentos, en cuanto a la adopción de las medidas más compatibles con la conservación de los recursos naturales",⁷⁸ podrá paulatinamente conducir a nuevos paradigmas para la agricultura.

⁷⁶ LUFCHITZ, Gabriel Hahn Monteiro; BAROTTO, Adriana Mello; ZANNIN, Marlene. Intoxicações por agrotóxicos registradas no centro de informações toxicológicas de Santa Catarina. In: ARAGÃO, Alexandra et al (Org.). *Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 206.

⁷⁷ *Presidenta institui política de agroecologia para impulsionar agricultura familiar* [Notícia]. Portal do Ministério do Desenvolvimento Agrário. Brasília, 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/portal/noticias/item?item_id=10347881>. Acceso en: 25 enero 2014.

⁷⁸ EHLERS, Eduardo. *Agricultura sustentável: origens e perspectiva de um novo paradigma*. 2. ed. Guaíba/RS: Agropecuária, 1999. p. 97.

Michael Pollan destaca que alimentarse no es apenas un acto agrícola, sino también un acto ecológico y un acto político: “lo qué y cómo comemos determinan, en gran parte, lo que hacemos de nuestro mundo [...] y lo qué va a pasar con él”.⁷⁹ Así, la opción por la producción ecológica emerge también por “una actitud y una orientación en relación a los recursos naturales que incluyen valores éticos relacionados con la salud y con las condiciones de la vida en el campo”.⁸⁰

[...] esta orientação que chamamos de *racionalidade ecológica*, embora não hegemônica, define um tipo de agricultura que não se coloca como um explorador unilateral dos recursos naturais, mas como um gestor desses recursos. Esse procedimento dos agricultores pode resultar num referencial que resulta num conjunto de medidas mais equilibradas na relação sociedade-natureza.⁸¹

Por lo tanto, ganan importancia las formas de producción agrícola más sustentables, como la agricultura familiar y la agricultura orgánica, por representar menor presión sobre los recursos naturales.

En ese escenario, Alfio Brandenburg señala que la agricultura familiar posee intrínseco carácter ecológico, a causa de la propia relación establecida con la naturaleza por los agricultores. En efecto, la unidad familiar organiza sus actividades “bajo una lógica que favorece el desarrollo de los sistemas diversificados de producción agrícola, de ecosistemas más equilibrados en relación al consumo de energía y recursos no renovables, así como de la preservación de la flora y fauna nativas”.⁸² Además, “la agricultura familiar es responsable de asegurar una buena parte de la seguridad alimentaria del país, como un importante proveedor de alimentos para el mercado interno”.⁸³

⁷⁹ POLLAN, Michael. *O dilema do onívoro: uma história natural de quatro refeições*. Tradução Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2007. p. 19.

⁸⁰ BRANDENBURG, Alfio. *Agricultura familiar: ONGs e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: UFPR, 1999. p. 284.

⁸¹ Idem, loc. cit.

⁸² BRANDENBURG, Alfio. *Agricultura familiar: ONGs e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: UFPR, 1999. p. 88-89.

⁸³ Estadísticas del *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)* concluyen que, aunque cultive un área menor tanto de cosechas (17,7 millones de hectáreas) como de pastizales (36,4 millones de hectáreas), la participación de la agricultura familiar en la mayoría de las culturas destinadas al consumo interno es expresiva. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Censo Agropecuario 2006*. Rio de Janeiro, 2006. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/brasil_2006/default.shtm>. Acceso en: 25 enero 2014.

[...] É no território nacional que se decide o problema da fome e da alimentação que, nesse caso, aponta na direção contrária ao processo de globalização, onde cada vez mais se fala de *commodities*. Assim, por mais que se tenha que combinar a articulação do plano nacional com o mundial, é no plano nacional que se deve colocar o foco da segurança alimentar.⁸⁴

Esta opinión es compartida por organismos de derechos humanos, como es la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, (FAO), que promueve e incentiva los gobiernos nacionales a adoptar políticas públicas de apoyo a la agricultura familiar y ecológica.

De hecho, la agricultura familiar se está posicionando como una prioridad en las agendas de varios países de América Latina, que están adoptando políticas públicas destinadas a beneficiar este sector, fundamental para la seguridad alimentaria. En el caso de México, fue establecido en 2001 el “Programa Especial Concurrente para el Desarrollo Rural Sustentable”, buscando la transversalidad de las políticas públicas orientadas al campo.⁸⁵ Con semejantes objetivos en Brasil, desde 1995 es desarrollado el “Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar” (PRONAF), que busca, mediante apoyo técnico y financiero, fortalecer la agricultura familiar, promover el desarrollo rural sustentable, aumentar la capacidad productiva de la agricultura familiar, contribuir para la generación de empleo y renda en las áreas rurales y mejorar la calidad de vida de los agricultores familiares.⁸⁶

De ese modo, las acciones gubernamentales relacionadas a la seguridad alimentaria deben considerar no solo las formas de producción, observando los parámetros de sostenibilidad bajo diversos aspectos: ambientales, culturales, sociales y económicos. Así como las políticas públicas

⁸⁴ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 281-282.

⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe*. 2014. Disponible en: <<http://repiica.iica.int/docs/b3165e/b3165e.pdf>>. Acceso el : 11 de enero de 2014.

⁸⁶ SCHNEIDER, Sergio; MATTEI, Lauro; CAZELLA, Ademir Antonio. Histórico, caracterização e dinâmica recente do PRONAF - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar. In: SCHNEIDER, Sergio; SILVA, Marcelo Kunrath; MARQUES, Paulo Eduardo Moruzzi (Org.). *Políticas públicas e participação social no Brasil rural*. Porto Alegre, 2004. p. 21-50. Disponible en: <http://www.ufcg.edu.br/~cedrus/downloads/schneider/historico_pronaf.pdf>. Acceso en: 25 enero 2014.

de información y educación que incentiven una alimentación más saludable y menos artificial; las que son necesarias para que el consumidor adquiera una mayor conciencia y autonomía en su elección de alimentación.

Conclusión

Discurrir sobre la presión que la producción y el consumo de alimentos imponen al medio ambiente, representa retratar algunas tensiones entre dos derechos humanos: el derecho a una alimentación adecuada y el derecho al medio ambiente sano. Podemos afirmar que los costos sociales y ambientales de la manutención del actual modelo agrícola, basado en la monocultura y el uso intensivo de plaguicidas químicos, son demasiado altos, y terminan por diseminarse por toda la sociedad.

El aspecto paradójico es que la actividad milenaria de la agricultura consiste en uno de los pilares de la vida humana, fortaleciendo la mayor parte de los productos que integran nuestra alimentación. En resumen, no hay como prescindir de la agricultura, que aparece siempre en mayor expansión debido no solamente al aumento de la población, sino también de los niveles de consumo.

De esta forma, la producción de géneros alimenticios, por implicar actividades que envuelven diversas formas y variados niveles de degradación ambiental - agricultura, pecuaria, pesca, etc. -, también precisa ser entendida como un límite importante a los avances del desarrollo económico, imponiendo el uso y manejo de los bienes naturales a manera de preservar la subsistencia del hombre. La deforestación, el calentamiento global, la contaminación del suelo y del agua, de entre otros factores, perjudican sobremanera las condiciones ecológicas para el cultivo de plantaciones que son la base de la alimentación del ser humano.

Se destacan en este contexto, la ineficiencia en términos energéticos, de la creación de animales que suministran carne para el consumo humano, delante de su demanda creciente por granos, lo que presiona a su vez la producción agrícola. Por lo tanto, la reducción del consumo de carne está relacionada no sólo con una cuestión de sensibilidad humana y de ética en relación con el sufrimiento de los animales, sino también a la necesidad de mejorar y aprovechar los recursos naturales para proveer nuestra alimentación, con menores impactos ambientales.

Entre las actividades agropecuarias más sustentables se destaca la agricultura familiar, en la medida en que esta se relaciona con una actividad productiva más responsable en relación a los recursos naturales. En esta perspectiva, los pequeños productores y los agricultores familiares se constituyen como una categoría fundamental para la conciliación del derecho a la alimentación adecuada y del derecho al medio ambiente equilibrado.

Aun ganan importancia en este contexto, los incentivos gubernamentales a la agricultura familiar y a las prácticas agrícolas ecológicas, que se anticipan como una alternativa viable para una producción de alimentos que garantice seguridad alimentaria y nutricional, además de revelarse socialmente más justa.

Seguramente tal perspectiva requiere una nueva actitud por parte de los ciudadanos consumidores, con la paulatina concientización sobre la importancia, no únicamente de alimentos saludables, sino también producidos de forma menos agresiva con el medio ambiente. El cambio de paradigma de consumo es esencial para que se pase de un predominio puramente estético y práctico, para poder evolucionar y valorar los efectos producidos a largo plazo, considerando que la verdadera esencia del alimento es el proporcionar salud. Así, la fuerza de la demanda por parte del consumidor, puede contribuir con mejoras en la producción primaria, y con ello obtener beneficios en las prácticas agrícolas de menor impacto ambiental. Es decir, los patrones alimentarios de consumo también deben ser objeto de políticas públicas, proporcionando al consumidor una mayor conciencia y autonomía para la toma de decisiones alimentarias más saludables y ambientalmente responsables.

Referencias

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil - uma introdução. In: _____ (Org.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

ALTIERI, Miguel. *Agroecologia: bases científicas para uma agricultura sustentável*. Tradução Rosa L. Peralta, Eli Lino de Jesus e Gabriel Bianconi Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: Expressão Popular, AS-PTA, 2012.

BOEF, Walter Simon de. Biodiversidade e agrobiodiversidade. In: BOEF, Walter Simon de et al. *Biodiversidade e agricultores: fortalecendo o manejo comunitário*. Ipê/RS: L&PM, 2007.

BRANDENBURG, Alfio. *Agricultura familiar: ONGs e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: UFPR, 1999.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Censo agropecuário 2006*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/brasil_2006/default.shtm>. Acesso em: 25 ene. 2014.

CARNEIRO, F. F. et. al. *Dossiê Abrasco [Associação Brasileira de Saúde Coletiva]: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro: Abrasco, abr. 2012, 1ª parte. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/eficiente/repositorio/Artigos/405.pdf>>. Acesso em: 25 ene. 2014.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. Tradução Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CHABOUSSOU, Francis. *Plantas doentes pelo uso de agrotóxicos: novas bases de uma prevenção contra doenças e parasitas: a teoria da trofobiose*. Tradução Maria José Guazzelli. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

EHLERS, Eduardo. *Agricultura sustentável: origens e perspectiva de um novo paradigma*. 2. ed. Guaíba/RS: Agropecuária, 1999.

FISCHER, Gert Roland. *Menos veneno no prato*. 2. ed. Florianópolis: Paralelo 27, 1993.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto PUC-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Tradução Jorge E. Silva. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LUFCHITZ, Gabriel Hahn Monteiro; BAROTTO, Adriana Mello; ZANNIN, Marlene. Intoxicações por agrotóxicos registradas no Centro de Informações Toxicológicas de Santa Catarina. In: ARAGÃO, Alexandra et al (Org.). *Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

LUTZENBERGER, José Antônio. *Absurdo da agricultura moderna: dos fertilizantes químicos e agrotóxicos à biotecnologia*. 1998. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/biotec.html>>. Acesso em: 11 ene. 2014.

_____. *Crítica ecológica do pensamento econômico*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MACHADO, Luis Carlos Pinheiro. Apresentação. In: CHABOUSSOU, Francis. *Plantas doentes pelo uso de agrotóxicos: novas bases de uma prevenção contra doenças e parasitas: a teoria da trofobiose*. Tradução Maria José Guazzelli. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

MADELEY, John. *O comércio da fome*. Tradução Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis/RJ: Vozes, 2003.

MALTHUS, Thomas Robert. *Ensaio sobre o princípio da população*. Tradução Eduardo Saló. Coleção Clássicos. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1999.

MARAFON, Glaucio José; SEABRA, Rogério dos S.; SILVA, Eduardo S. O. da. *O desencanto da terra: produção de alimentos, ambiente e sociedade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. São Paulo: UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MEADOWS, Donella e Dennis; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO). *Declaração de Roma sobre a segurança alimentar mundial & plano de ação da cúpula mundial da alimentação*. Roma, 1996. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm>>. Acesso em: 19 ene. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas (FAO). *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012*. Crecimiento económico, hambre y malnutrición. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/017/i3027s/i3027s03.pdf>>. Consultado en: 19 ene. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura (FAO). *Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe*. 2014. Disponível em: <<http://repiica.iica.int/docs/b3165e/b3165e.pdf>>. Acesso em: 11 ene. 2014.

POLLAN, Michael. *O dilema do onívoro: uma história natural de quatro refeições*. Tradução Cláudio Figueiredo. Rio e Janeiro: Intrínseca, 2007.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

ROBERTS, Paul. *O fim dos alimentos*. Tradução Ana Gibson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHNEIDER, Sergio; MATTEI, Lauro; CAZELLA, Ademir Antonio. Histórico, caracterização e dinâmica recente do PRONAF - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar. In: SCHNEIDER, Sergio; SILVA, Marcelo Kunrath; MARQUES, Paulo Eduardo Moruzzi (Org.). *Políticas públicas e participação social no Brasil rural*. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <http://www.ufcg.edu.br/~cedrus/downloads/schneider/historico_pronaf.pdf>. Acesso em: 25 ene. 2014.

SINGER, Peter; MASON, Jim. *A ética da alimentação: como nossos hábitos alimentares influenciam o meio ambiente e o nosso bem-estar*. Tradução Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002.

VEIGA, José Eli da. A agricultura no mundo moderno: diagnóstico e perspectivas. In: TRIGUEIRO, André (Org.). *Meio ambiente no século 21*. 5. ed. Campinas/SP: Armazém do Ipê, 2008.

VIVIEN, Franck-Dominique. *Economia e ecologia*. São Paulo: Senac, 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL NO MARCO CIVIL DA *INTERNET*: CONDIÇÃO À CIDADANIA COSMOPOLITA E À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR VIRTUAL

TÊMIS LIMBERGER*

LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN**

Quando os dois duelistas saíram ao ar livre, o general Féraud andando um pouco atrás e com o aspecto de alguém que caminhasse em transe, os dois padrinhos precipitaram-se até eles, cada qual a partir de sua posição à margem da floresta. O general D'Hubert dirigiu-se a eles, falando em voz alta e clara:

- Messieurs, faço questão de declarar-lhes solenemente, na presença do general Féraud, que, por fim, nossa diferença foi para sempre resolvida. Podem comunicar a todos o acontecimento.

- Uma reconciliação, afinal! - exclamaram juntos.

- Reconciliação? Não exatamente. É algo de natureza muito mais compulsória. Não é mesmo, general.¹

Introdução

A recente aprovação do Marco Civil da *Internet* provoca o repensar em direção a uma cidadania extensiva ao novo palco de expressão social recriado no mundo digital ou virtual. Reflexão a abarcar suas múltiplas faces, com destaque para a função de consumo desse cidadão, em que a plena inclusão digital a ser conquista mediante a adoção de políticas públicas passa a figurar como condição basilar para a própria existência digna do ser humano.

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Graduada em Direito pela UFRGS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do RS.

** Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela UCS. Graduado em Direito pela UCS. Professor do Curso de Direito da UCS. Advogado Chefe do PROCON Caxias do Sul. Pesquisador-líder do Núcleo de Pesquisas, Estudos e Educação atrelado ao PROCON Caxias do Sul.

¹ CONRAD, Joseph. *Os duelistas*. Tradução André de Godoy Vieira. Porto Alegre/RS: L&PM, 2008. p. 124.

Cidadania, democracia, globalização, consumo, entre outras expressões correntes perfilam quase sempre carregadas de indecisões teóricas, contradições e choques ideológicos. Essa imprecisão de concepção e utilização também é encontrada nos termos antagônicos como igualdade/desigualdade, renda/pobreza, inclusão/exclusão. Não raras vezes, uns sendo considerados sinônimos de outros, em clara confusão entre gênero e espécie ou em leituras de mescla generalizada.

Vocábulos esses que prescindem de mais que uma simples definição estanque, pois suas naturezas somente encontram revelação nas suas contextualizações e, não raras vezes, nas suas dualidades. Assim como nos duelistas de Conrad, em que um é concebido nessa condição somente quando em confrontação ao outro também permanente desafiante, a melhor leitura de alguns termos somente é acentuada na oposição.

Nessa linha, e como tarefa primeira, cabe revisitar os processos fenomenológicos que perfazem a contemporaneidade, mas de modo a superar as nocividades, problemas e dilemas que a traduzem em tons propositivos para determinadas reconstruções que alcançam as novas tecnologias ainda que dentro da lógica da destruição criativa típica do regime do capital.²

Não menos importante, a discussão reflexiva a respeito da democracia contemporânea constantemente testada por aqueles fenômenos, corresponde à preocupação prioritária de pensadores de vanguarda, de modo a qualificá-la para os tempos correntes e vindouros em termos participativos, aliado a uma construção em favor de uma cidadania cosmopolita.

Na sequência, vale descrever as potencialidades da *Internet* para essa democracia participativa atrelada à cidadania supranacional, condição a exigir a máxima conectividade mediante inclusão digital por meio de políticas públicas específicas. Necessidades essas agora detentoras de um novo fator de referência: o Marco Civil da *Internet*, doravante denominado apenas como MCI, e seus dispositivos pertinentes.

Momento em que cabível o delinear das fronteiras semânticas entre desigualdade, pobreza e exclusão, e em idêntica forma às suas antíteses, para melhor ênfase às políticas públicas exigidas pelo mesmo MCI, então destinadas para a tomada de medidas de inclusão digital permanentes, a redundar num maior nível de proteção ao consumidor virtual.

² SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura S/A, 1961. p. 108 e 110-113.

Por conseguinte, e em sede conclusiva, importa proclamar a necessária ascensão de uma cidadania renovada, a exigir um novo comportamento do consumidor, agora também virtual, ambos componentes fundamentais de uma democracia que faça frente aos desafios dos tempos atuais. Panorama esse em que a inclusão digital, alcançada somente mediante políticas públicas sólidas, passa a deter um papel de relevo num processo de permanente reinvenção social.

1. Uma releitura propositiva dos processos fenomenológicos da atualidade

A tecnologia, sob a percepção do filósofo Pinto, advém da necessidade direcionada ao invento humano, sendo o projeto a condição peculiar do ser em seu plano de ideias e pensamentos, a prestar solução aos renovados desafios do mundo físico e social. Projeto revelado em invenções de invenções com a modificação recombina da pessoa em si mesma, numa transformação a conduzir distintas condições de vida, outros vínculos produtivos e manutenção, bem como rearranjos com a natureza.³

Tecnologia, por excelência, seria o resultado de uma evolução biológica que o homem, precisamente do seu órgão cerebral, atinge em significado qualitativo distinto dos demais animais, fazendo daquele um “[...] ser transformador do mundo”.⁴

Para o pensador brasileiro da tecnologia, a criação inventiva carrega consigo a contrariedade. O invento sinaliza a expansão do domínio humano em diversas formas e modalidades, ao mesmo tempo em que exige a supressão de técnicas ou tecnologias predecessoras, fator que explica a resistência à absorção de novos hábitos pela sociedade civil e seu reflexo no âmbito estatal, condição esta que não impede os saltos qualitativos no decorrer do processo.⁵

Saltos esses, espelhados como verdadeiras transposições a implicar mudanças de base tecnológica, não se traduzindo como uma mera repetição ou simples progresso da técnica.⁶ Nas quebras há a combinação da mudança de arrimo tecnológico e aceleração do progresso do conhecimento, dentro de um processo maior de inventividade humana pelo projeto, momento em que é gerado o que o filósofo sentencia como “[...] um estado

³ PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, v. I, 2005. p. 54-55.

⁴ *Ibidem*, p. 58-61.

⁵ *Ibidem*, p. 66-67.

⁶ *Ibidem*, p. 68.

de assombro e desnorteamento, e a correlata 'crise de valores', por motivo das profundas modificações nos hábitos sociais, nas formas de convivência e comunicação [...]".⁷

Os apontamentos do filósofo são precisos e pertinentes. Entretanto, incisivo é seu entendimento quanto à definição do nosso tempo ao desqualificar os defensores da propugnada "era tecnológica" assentada numa inocente dicotomia entre o humanismo e a tecnologia. Crítica perspicaz, mas que não logra qualificar a experiência atual.⁸

Para tanto, cabe socorro em outro filósofo, precisamente no "homem artificial" de Frosini, grande marca do nosso tempo, assim como o palco em que inserido: a "era planetária".⁹

Ao que tudo indica o ponto de acerto de Frosini não recai na insistência vazia da separação entre o homem e a tecnologia, mas ao contrário: perceber que a relação entre o homem em dado momento civilizatório deixa de ter importância acentuada na natureza como seu contraponto, e encontra nova relação de ambígua interdependência para com a máquina.¹⁰

Em seu trabalho próximo ao marxismo, Pinto não consegue se desprender da relação original entre o homem *versus* a natureza, e a concepção de produção como resultado do trabalho (inventivo) do homem a diferenciá-lo dos demais animais. Talvez, e no quesito temporal, realmente, a contemporaneidade não se traduza puramente como "tecnológica", mas não é possível ignorar a inédita relação entre o homem e a máquina.¹¹

Essa nova relação entre homem e máquina deve sim ser percebida, reconhecida e potencializada para obtenção de benefícios reais à humanidade e às pessoas nos seus espaços tradicionais ou globais, e valer em idêntica forma aos Estados-nações e à economia global e local nos seus serviços deontológicos de realização humana.

⁷ Ibidem, p. 68-70.

⁸ PINTO, op. cit., p. 65 e 69.

⁹ FROSINI, Vittorio. *L'uomo artificiale: ética e diritto nell'era planetária*. Milano: Spirali Edizioni, 1986.

¹⁰ "Soltanto nella seconda antropologia, cioè um cambiamento dell'uomo come simbolo dell'intera umanità, intesa nella sua estensione globale, che há creato l'immagine di um uomo nuovo dell'età tecnologia. [...] La prima: l'avvento dei calcolatori elettronici, e cioè delle nuove tecnologie della cibernetica, della robótica e dell'informatica, che hanno reso possibile il dialogo fra l'uomo e da macchina fornita di uma così detta intelligenza artificiale. La seconda: Il lancio di satelliti artificiali nello spazio extraterrestre, che há reso possibile lo sbarco degli uomini sulla luna e i progetti di esplorazione intersellulare. La terza: Le nuove forme di trasmissione a distanza, e cioè la televisione e la telemática, che hanno abolito i limiti dei percorsi di tempo e di spazio dell'informazione accomunando gli uomini sulla terra." Ibidem, p. 7-10.

¹¹ PINTO, op. cit., p. 41-48 e 160-169.

Conexão inédita a funcionar simultaneamente como um fenômeno ao mesmo tempo paralelo e inserido num outro contexto de interdependência global, que os franceses designam como mundialização, em que nunca antes tantos assuntos passaram a ser compartilhados entre tantos diferentes, com questões comuns à comunidade internacional ou às comunidades locais em projeção deslocada ao seu nicho tradicional.

É a globalização contemporânea, fruto direto da tecnologia e por si só tecnologia. Teve seu termo inicial identificado por Sassen precisamente na década de 1980, sendo precedida pelo primeiro sistema global supranacional inaugurado nas Conferências de Bretton Woods de 1944.¹²

Mundialização corrente na qual se vivenciam mudanças fundamentais e em trânsito na economia global, Estado e cidadania, respectivamente elementos da organização do território, autoridade e direitos. Na visão da socióloga e economista holandesa, a novidade nesta era planetária não reside precisamente na proteção do nacional frente e em detrimento ao global, mas na interação entre ambos, como também do público e do privado, nova condição fomentada pelo próprio Estado ou setores seus, condição típica de um processo de novas geografias de poder.¹³

Tão importante quanto a visualização desse processo de globalização é fazê-lo em paridade a outros simultâneos, que, juntos, perfazem uma possível era planetária. No apontamento de Luño, um processo de muitos processos, como se apura de seus escritos: “[...] fenómenos actuales como el multiculturalismo, los flujos migratorios, la globalización o el impacto de las nuevas tecnologías inciden directamente en las formas de ser ciudadano [...]”.¹⁴

A respeito dessas novas tecnologias, merecem destaque as concernentes a informação e a comunicação modernas, quando combinadas a da computação. Assim como as sucessivas tecnologias de produção reinventam permanentemente a linha de montagem de massa compartilhada, também a telecomunicação sofre mutação constante para a maximização do trânsito computacional da informação.¹⁵ Quase não há local no planeta

¹² SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid: Katz, 2010. p. 207-217.

¹³ *Ibidem*, p. 218-278.

¹⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa S.A., 2003. p. 49.

¹⁵ “As atuais mudanças são a terceira grande transformação nas tecnologias da mídia de massa nos tempos modernos. A primeira aconteceu no século XIX, com a introdução das impressoras a vapor e do papel de jornal barato. O resultado foi a primeira mídia de massa verdadeira - os jornais

sem que ao menos uma tecnologia combinada de troca informativa não possa alcançar - onipresença sem precedentes na experiência humana.

A nova base tecnológica comunicativa tem seu ponto crucial nos escritos de Norbert Wiener de 1948, na elaboração daquilo que seria uma teoria da informação decorrente de uma nova disciplina batizada como cibernética: estudo da comunicação e do controle. A purificação da informação encontraria seu referencial no *bits*, o que permitiu sua contabilização e daí o seu processamento, armazenamento e acesso. Era a criação da ponte entre a matemática e a engenharia elétrica a redundar na computação.¹⁶

Essa não se fez revelar numa preocupação focada para o significado, mas para seu fluxo de informações em trânsito no formato de rede. Independente disso, esse significado é revelado na forma de informação quando o cérebro humano faz a leitura de sinais de sua compreensão provindos do conjunto de símbolos carregados dentro dos *bits*, em puro exercício de linguagem humana. Era a virada informacional atrelada à ruptura paradigmática realizada pela linguagem na filosofia, inventos do século XX onipotentes no tempo seguinte.¹⁷

Por sua vez, o regime do capital de natureza cambiante absorve essa nova base tecnológica em sinergia à sua lógica de destruição criativa, ao ponto de recriar em si mesmo seu novo padrão de referência de valor transacional: a informação.¹⁸

'baratos' e as editoras de livros e revistas em grandes escalas. A segunda transformação ocorreu com a introdução da transmissão por ondas eletromagnéticas - o rádio em 1920 e a televisão em 1939. A terceira transformação na mídia de massa - que estamos presenciando agora - envolve uma transição para a produção, armazenagem e distribuição da informação e entretenimento estruturadas em computadores. Ela nos leva para o mundo dos computadores multimídia, *compact discs*, banco de dados portáteis, redes nacionais de fibras óticas, mensagens enviadas por fax de última geração, páginas de *Web* e outros serviços que não existiam há 20 anos". DIZARD, Wilson. *A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 23.

¹⁶ GLEICK, James. *A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada*. Tradução Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 15-16, 248-249.

¹⁷ *Ibidem*, p. 255, 257 e 273.

¹⁸ A exigência de renovação técnica e tecnológica apresenta-se como o elemento intrínseco do capitalismo, como bem descreve Schumpeter: "O capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não apenas, reveste caráter estacionário, pois jamais poderia tê-lo. Não se deve esse caráter evolutivo do processo capitalista apenas ao fato de que a vida econômica transcorre em um meio natural e social que se modifica e que, em virtude dessa mesma transformação, altera a situação econômica. Esse fato é importante e essas transformações (guerras, revoluções e assim por diante) produzem frequentemente transformações industriais, embora não constituam seu móvel principal. Tampouco esse caráter evolutivo se deve a um aumento quase automático da população e do capital, nem às variações do sistema monetário, do qual se pode dizer exatamente o mesmo que se aplica ao processo capitalista. O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos

A informação humana no tempo é pontualmente delineada por Frosini, que classifica ao menos quatro momentos distintos de sua utilização: comunicação oral dos povos rudimentares; criação e inserção do alfabeto com a possibilidade de transmissão do conhecimento às gerações vindouras; estabelecimento pela imprensa na difusão rápida e maciça; e aquela espelhada nos meios de comunicação de massa, com evidência para o rádio, o cinema, a televisão, os computadores, os *tablets*, os celulares e a *Internet*.¹⁹

A informação, nesta atual fase de comunicação de massa é produzida numa escala nunca antes registrada. Sua circulação e consumo também encontram diferenciação a qualquer outra época pretérita.²⁰ Tanto assim que, para Lyotard, o conhecimento na contemporaneidade encontra sua vulgata na informação, sendo aquele produzido para ser arquivado em grandes centros de dados e posteriormente vendido por corporações conforme critérios comerciais e não pela verdade pautada pela filosófica teórica.²¹

Trata-se da transformação na contemporaneidade do saber em informação, e esta a sofrer da clausura moldurada de simples *commodity*, então referência para ativos financeiros na grande rede de apostas mundial transfronteiriças, numa inédita escala de mercantilização do conhecimento.²²

Esses fenômenos que se somam a outros aqui não descritos, como também àqueles que sequer ainda foram diagnosticados, ilustram processos interligados de alterações dos padrões tradicionais de arranjos que provocam um mal-estar social generalizado, um entendimento de deficiência na atuação do poder constituído nas suas várias formas e a tão presente e gritada crise valorativa hodierna.

Na linha destacada por Morin, e igualmente defendida por Pinto, vivencia-se em nosso tempo uma patologia consistente na irresponsabilidade generalizada quando da produção de ciência e, principalmente, de

métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista". SCHUMPETER, op. cit., p. 110.

¹⁹ FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Banche dati telematica e diritti della persona*. QDC, Padova: Cedam, 1984. p. 30.

²⁰ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

²¹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013. p. 5.

²² Corresponde a uma máxima comum já um tanto popularizada e assim representada para a contemporaneidade: informação como notícia, nem sempre será! Como conhecimento, às vezes! Porém, como sabedoria: quase nunca. GLEICK, op. cit., p. 382-436.

tecnologia. Momento em que o homem segue a máquina e desconhece onde essa vai. Corresponde, em outros dizeres, à cegueira husserliana: o buraco da consciência de si mesmo a abalar o objetivismo científico, em profundo descompasso entre a ciência aplicada e a sua maturação ética para fixação dos padrões limites de uso.²³

O cômputo desses fenômenos problemas pode sim gerar, mais a frente, um entendimento majoritário de que se trata de uma nova era, e com isso uma nova classificação temporal. O relevante, porém, é fazer admitir as mudanças ocorridas e em curso, bem como a aceleração gradativa da velocidade com que estas se dão, para ainda se fazer cumprir as metas não realizadas da modernidade que hoje são mais bem ilustradas na emancipação do ser humano, quando pessoa e cidadão.²⁴

Com isso, não se objetiva suavizar os problemas e dilemas do tempo presente, o que inúmeros pensadores de quilate se ocupam, sendo de incalculável importância a continuidade de seus escritos em direção a novas denúncias para com desafios surgidos no período contemporâneo. Nesse sentido, assinalam-se além de Sassen outras profundas contribuições de Giddens e outras pontuais complementações de Moreira, Vieira, Gazzaneo, Ianni, Ortiz, Dowbor, entre outros, apenas para citar e exemplificar a problematização da questão da globalização.²⁵

²³ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 127-129.

²⁴ Sobre a estreita ligação entre a emancipação proclamada como meta da modernidade para o ser humano e a cidadania ver: LUÑO, op. cit., p. 27. A respeito da metas da modernidade ver: VECA, Salvatore. *Cittadinanza: riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*. Milán: Feltrinelli, 1990.

²⁵ Dos vários apontamentos de Giddens vale enfatizar a ascensão do 'novo individualismo' no fenômeno da globalização, numa intensificação do denunciado por Constant ainda no século XIX. GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 43; Moreira concebe a globalização como um "conjunto de transformações na ordem política e econômica mundial que vem acontecendo nas últimas décadas". Vieira, por sua vez, vislumbra esse padrão desuniforme de mudanças nas relações sociais: vida e cultura. MOREIRA, Antonio Eudes Nunes. *A internet e a globalização*. São Paulo, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://melodiaweb.com/Sessao.aspx?cod=373>>. Acesso em: 10 nov. 2011. VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 74; Gazzaneo vai mais além do que Moreira e Vieira ao contemplar a mundialização em diversas dimensões próprias entre si a dialogar: "Pode-se afirmar que a globalização possui várias dimensões - espacial, cultural, socioeconômica e política, sendo que a análise das três últimas dimensões está sempre permeada pela dimensão espacial. A dimensão global atravessa todas as outras e é atravessada por elas, porque as manifestações socioeconômica, cultural e política da globalização materializam-se no espaço geográfico e moldam-no, assim como são moldadas por ele". GAZZANEO, Luciana Müller. *Tecnologia, direito e sociedade: as perspectivas de inclusão digital na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2006. p. 49; Informação desterritorializada sob a ótica política dentro do processo de globalização é o tema de Ianni. IANNI, Octávio. A política mudou de lugar. In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 23-24; Ortiz traz a diluição das fronteiras e o papel dos

Paralelo a isso, cabe cada vez mais uma valorização da possibilidade de visualização de novas oportunidades éticas para a humanidade, tanto em sede global como local a partir dos novos arranjos existentes e das perturbações por vir.

O fundamental é transformar a crise de valores em um novo espaço para benesses à humanidade, ainda que sem a utópica igualdade material absoluta. Por outro lado, o conjunto propositivo de construções teóricas e realizações a partir desses fenômenos planetários deve pautar-se pela intolerância à desigualdade acentuada, radicalizada e absurda ainda vigente, em linha de condução desprovida de vícios - contemplativos e/ou de mera perplexidade - a permitir e incentivar a liberdade e a solidariedade.

Nesse sentido, destaca-se a democracia como um dos pontos a encontrar um novo dinamismo por meio de outro grande processo fenomenológico que computa e caracteriza o tempo corrente: as novas tecnologias. Simbiose que é aprofundada no tópico seguinte.

2. Da democracia mecânica para a participativa - linhas para a cidadania cosmopolita

Emprestar uma definição completa de democracia não é tarefa fácil frente à multiplicidade de entendimentos diversos nos seus elementos constitutivos principais e secundários. A melhor alternativa recai numa opção explicativa, o que exige a raiz etimológica da palavra de notório conhecimento e sua contextualização histórica.

A palavra origina-se do encontro de duas outras do grego antigo: *δημος*, a traduzir o *demos* ou povo; e, *κράτος*, lida como *kratos* ou poder. A junção de ambas resultou na designação *δημοκρατία*, também *dēmokratía* ou governo do povo. Sua criação vocabular parte do século V a.C. para diferenciar os sistemas políticos então existentes nas cidades-estados. Não é coincidência, portanto, que o termo figure como antônimo para *ἀριστοκρατία*, ou seja, *aristokratia* ou regime da aristocracia.²⁶

meios de comunicação no rompimento das barreiras entre os povos. ORTIZ, Renato. Mundialização, cultura e política. In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 273; Para Dowbor, tecnologia em combinação com a globalização promove a modernidade técnica ao mesmo tempo em que provoca paradoxalmente a exclusão social. DOWBOR, Ladislau. Globalização e tendências institucionais. In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 15.

²⁶ Wilson, Nigel Guy. *Encyclopedia of Ancient Greece*. New York: Routledge, 2006. p. 511.

É importante ressaltar que democracia lembra um autogoverno exercido por muitos, mas restrito a determinada parte do povo de um território organizado politicamente, isto é, pelo cidadão. Este era e permanece sendo o titular do direito de participar da gestão e dos negócios da coisa pública, bem como de ser eleito como burocrata nas diversas funções governamentais. A compreensão cambiante da sua abrangência foi encontrando um alargamento crescente no decorrer civilizacional, ao ponto de hoje corresponder à grande parcela de um determinado povo de Estado-nação específico.²⁷

Disso extrai-se a fundamental discussão em torno da superficial ou efetiva participação cidadã do povo no Estado. A condição qualitativa da democracia esta diretamente atrelada à disposição dos seus cidadãos para com o exercício contínuo e aperfeiçoamento desse regime ou sistema político por meio da crítica. A democracia exige participantes democratas, e a democracia qualificada exige mais: não menos que participantes comprometidos, em meio próprio para a cooperação e tolerância.²⁸

O registro do primeiro uso oral do termo democracia recai na obra clássica de Heródoto, ao citar a ocasião em que o estadista Péricles no cerimonial fúnebre aos heróis mortos na guerra do Peloponeso faz uso da nova palavra e a profere como: “[...] governo do povo, pelo povo e para o povo”.²⁹

Momento também em que o dirigente grego a qualifica em duas bases indissociáveis e complementares entre si: a equitativa distribuição do poder de decisão coletiva e o juízo oriundo dos cidadãos no que se refere ao processo de decisão pelos eleitos e as consequências de suas gestões. Ambas as considerações viriam a servir de referência à moderna democracia.³⁰

²⁷ Muller traz sua noção de povo em categorias distintas: o povo ativo e o povo destinatário. Apenas o primeiro detém decisão em coparticipação, enquanto o segundo abrange também aquele na implementação e o restante da população na categoria de povo destinatário. MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 75-81; Uma explicação complementar ao autor parece necessária. Todas as pessoas presentes no território de um Estado, inclusive estrangeiros e apátridas, figuram como integrantes da população, e como tal estão submetidas ao poder estatal limitado a um determinado território (salvo regras próprias da diplomacia internacional). Por outro lado, o vínculo jurídico do indivíduo a integrar o povo na sua relação para com o Estado opera-se mediante a nacionalidade ou a cidadania.

²⁸ SCHUMPETER, op. cit., p. 326-337.

²⁹ HERÓDOTO. The persian wars by Herodotus. Tradução (para o inglês) George Rawlinson. Edição Bruce J. Butterfield. 1942. In: *Pars times*. Greater Iran & Beyond. Disponível em: <http://www.parsimes.com/history/herodotus/persian_wars/>. Acesso em: 24 set. 2014.

³⁰ Idem.

Na atualidade, inúmeros pensadores da democracia fazem seus apontamentos no que tange aos elementos basilares daquela, mas fica evidente que os traços fundantes de Péricles estão presentes, ainda que com nova roupagem. Bobbio, por exemplo, concebe uma visão mínima de democracia a exigir a liberdade em suas diversas manifestações - opinião, expressão, reunião, associação, entre outras - como uma garantia para aqueles que são chamados a decidir. Para o filósofo político, estes mesmos participantes livres devem estar garantidos em alternativas reais de escolha, empregados nas condições para o exercício dessa mesma escolha.³¹

Indo além desse sentido estrito de democracia, a atualidade vem cada vez mais a exigir desse sistema ou regime político um engrandecimento da sua concepção tradicional de direitos políticos, como traçada por Bobbio e usualmente reconhecida por meio do voto ou da elegibilidade do cidadão. Um sentido amplo da democracia prescinde literal participação popular naquilo que se chama de centros de controle e decisão, paralelo aos meios usuais de escrutínio dos gestores públicos.³²

Esse proceder qualifica a democracia frente aos fenômenos/desafios de âmbito planetário da contemporaneidade, a revalidar a legitimidade democrática com o testemunho ativo e constante pelo próprio povo nas mais diversas esferas e instâncias de poder. Essa ampliação de sentido fundante da democracia permitiria aquilo que Giddens designa como reforço para as formas reinventadas de governo, carecedoras de um reequilíbrio entre a política, a economia e a sociedade civil.³³

O panorama mundial, ao que tudo indica, clama por mais avanços num sentido democrático de participação aberta, pois é latente que as metas da modernidade, molduradas nos três preceitos máximos fixados ainda na Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade

³¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 20.

³² VIGEVANI, Tullo. Globalização e política: ampliação ou crise de democracia? In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 293.

³³ GUIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 126; Guiddens, claro, traz essa proposição de reforço da democracia dentro da visão da Terceira Via, como se vê de seus escritos: "A reforma do Estado e do governo deveria ser um princípio orientador básico da política da terceira via - um processo de aprofundamento e ampliação da democracia. O governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade. A base econômica de tal parceria é o que chamarei de nova economia mista. Essa economia só pode ser eficaz se as instituições de *welfare* existentes forem inteiramente modernizadas. A política da terceira via é uma política de uma única nação". GIDDENS (1999), op., cit., p. 79.

(solidariedade) - não constituem realidades presentes de forma homogênea em inúmeros espaços ditos democráticos. Cenário que conduz a outra ponderação elementar da democracia: a sua finalidade.³⁴

Nesse aspecto, ninguém melhor que Aristóteles como ponto de partida. O filósofo grego do século três a. C., em sua obra “Política”, estabelece o interesse comum como o critério definidor do bom ou reto governo (político), o equivalente a *para que e quem governar*. Em linguagem atual, todas as espécies de sistemas ou regimes políticos traçados pelo antigo grego são passíveis de desvirtuamento quando a finalidade comum é trocada pelo interesse absoluto de um, da elite ou das massas, sendo que esse comum corresponde à sociedade, na sua totalidade.³⁵

³⁴ As metas não cumpridas da modernidade servem perfeitamente de parâmetro ideal de busca geral, até porque enraizadas junto ao caldo cultural universal e presentes em grande parte do imaginário populacional do planeta. Com isso, não se ignora a multiplicidade de formas e sistemas de governos, em idêntica medida para as formas de Estado e de sistemas ou regimes políticos, não é ignorada. Corresponde dizer que a autodeterminação dos povos - por si só um direito de terceira dimensão - é respeitada, que a democracia muito apregoada como um valor universal encontra suas restrições, que as diversas culturas de povos vivem em momentos sócio-históricos próprios. Por outro lado, a presente abordagem planejada das três referências parte da construção pós Segunda Grande Guerra Mundial, precisamente do arcabouço dos direitos humanos criados pela inédita comunidade internacional, com a sua projeção homogênea para os direitos da cidadania de viés estatal em face da quantidade expressiva de países signatários junto aos principais documentos para a proteção e desenvolvimento humano.

³⁵ “As palavras ‘constituição’ e ‘governo’ têm o mesmo sentido, e o governo, que é a suprema autoridade na Cidade, tem de estar, nas mãos de um, nas de uns poucos ou nas de muitos. Por conseguinte, as formas corretas de constituição são aquelas nas quais uma única pessoa, poucas pessoas ou muitas pessoas governam visando ao interesse comum; enquanto os governos que têm em vista o interesse privado, seja de um, seja de poucos, seja de muitos, são desvios de constituição correta, pois os membros da Cidade, se eles são verdadeiramente cidadãos, devem participar da vantagem comum. [...] Com efeito, a tirania é uma espécie de monarquia em que apenas se visa ao interesse do monarca; a oligarquia é o governo no qual apenas se considera os interesses dos ricos; democracia é o governo no qual se tem em mira apenas o interesse da massa, e nenhuma dessas formas governa para o interesse de toda a sociedade.” ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 124-125; Vale assinalar que para Aristóteles, o termo democracia correspondia ao desvirtuamento da forma/sistema de governo da *politeia*, esta sim a corresponder ao governo de muitos. É no transcurso histórico europeu ocidental que a primeira expressão toma o sentido da segunda (Montesquieu), precisamente quanto entra em cena a teoria da soberania. A soberania popular, uma dentre as demais espécies - soberania divina, soberania da nação - é ensaiada na Revolução Francesa, mas somente na sequência histórica é que viria a galgar seu espaço como fator de legitimação do poder exercido pelo Estado. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. O Maquiavel do século XVI em duas obras suas - “O príncipe” e “Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio (os discorsi)” - foge da tipologia clássica aristotélica ao dizer que apenas existem duas formas de governo: repúblicas ou monarquias, a variar dentro destas apenas quem detém o poder de decisão (uma única pessoa ou muitos, mais ou menos numerosos). Essa classificação permanece até os dias atuais em paralelo com a clássica. Enquanto esta última passou a se tratar de sistemas ou regimes políticos, aquela condiz com o sistema de governo. Anota-se outra grandíssima contribuição de Maquiavel para com o termo Estado. Antes dele, em seu lugar era utilizada a expressão *polis* pelos gregos e *res publica* pelos romanos. *Ibidem*, p. 83-85.

Em “Espírito das Leis” de 1748, Montesquieu, no seu Livro II vai se ocupar de uma tipologia própria para os tipos diferentes de governo. No seu estudo da época, existiam três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Desses, dá-se ênfase ao primeiro nos escritos do político e filósofo francês, ao considerá-lo existente somente quando todo o povo ou parte dele detivesse o poder supremo por meio da democracia ou da aristocracia.³⁶

Como bem aponta Bobbio, outra carga inovadora em Montesquieu foi sua classificação distintiva de república democrática para com os demais sistemas de governo. Somente este tipo de organização política carregava consigo a ideia igualdade, proveniente da noção de virtude intrínseca ao governo adotado. Afinal, a ideia de uma pátria como algo de todos e pertencentes a todos, prescindia de uma consideração de igualdade entre si.³⁷

Os demais arranjos de governo seriam pautados pela desigualdade implacável e irredutível na relação governantes e governados, condição estendida em idêntica forma entre os próprios governados.³⁸ O que remete, mais uma vez, para as ponderações clássicas de *para que e quem governar*, atreladas a outra indagação cara à democracia: *quem governa e como governa*.

Responder o que é democracia nos tempos vigentes implica considerar essas ponderações e indagações como elemento basilar do seu constitutivo, atrelado à progressão histórica de revisões e reinvenções teóricas do próprio instituto que resultam numa doutrina clássica do que é democracia. Por outro lado, porém, também implica em não omitir os novos reexames desferidos à democracia moderna, como ora se faz por meio das precisas construções de Schumpeter e Dahl.

O economista Schumpeter teceu suas percepções baseado no paradigma de democracia clássica consolidada no século XVIII, então calçada nos apontamentos anteriores, e espelhou uma descrição pelo autor nestes termos:

[...] o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se

³⁶ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19.

³⁷ BOBBIO, op. cit., p. 134.

³⁸ BOBBIO, op. cit., p. 134.

reúnem para cumprir-lhe a vontade. Sustenta-se, pois, que existe um bem comum, o farol orientador da política, sempre fácil de definir e de entender por todas as pessoas normais, mediante uma *explicação racional*. (Grifo nosso).³⁹

Essa teoria clássica de democracia rivaliza com outra formulada pelo próprio Schumpeter, a qual se submete a atração de reais e profundos problemas daquela nos tempo modernos, ora resumidos em: luta pela liderança entre a classe política;⁴⁰ falibilidade da determinação do bem comum de diversos níveis a ser aceito por um específico povo impregnado de uma racionalidade maior;⁴¹ predomínio do utilitarismo individual dentro da doutrina democrática de modo a identificá-la como a própria vontade geral em detrimento da ideia do bem comum;⁴² mito de independência e qualidade racional da vontade do indivíduo em razão da sua inexistência generalizada;⁴³ prevalência da repetição constante de uma afirmação sobre o apelo ao argumento racional cristalizado em associações agradáveis;⁴⁴ suprema prevalência dos assuntos privados sobre os públicos em razão da incidência, neste último, de uma redução da capacidade de discriminação entre fatos, redução do senso de responsabilidade e redução de

³⁹ SCHUMPETER, op. cit., p. 300.

⁴⁰ Ibidem, p. 301.

⁴¹ "Não há, para começar, um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional. [...] pela razão muito mais fundamental de que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas muito diversas. Esse fato, ignorado pelo utilitarista devido à sua estreiteza de ponto de vista sobre o mundo dos valores humanos, provocará dificuldades sobre as questões de princípio, que *não podem ser reconciliadas por argumentação racional*." (Grifo nosso). Ibidem, p. 301.

⁴² "[...] desvanece-se no ar o conceito da vontade do povo ou da *volonté générale*, adotado pelos utilitaristas, pois esse conceito pressupõe um bem inequivocamente determinado e compreendido por todos. Ao contrário dos românticos, os utilitaristas não conheciam aquela entidade semimística, possuidora de uma vontade própria (a alma do povo), tão fartamente explorada pela escola histórica de jurisprudência. Eles inegavelmente inspiraram-se, para a vontade do povo, na vontade individual. E a menos que haja um centro, o bem comum, para o qual se dirijam, a longo prazo pelo menos, todas as vontades individuais, de maneira alguma encontraremos esse tipo especial de *volonté générale*. O centro de gravidade utilitarista, por um lado, unifica as vontades individuais e procura fundi-las por meio da discussão racional e transformá-las na vontade do povo e, por outro, confere à última a exclusiva dignidade ética reclamada pelo credo democrático clássico. Esse credo não consiste simplesmente em adorar a vontade do povo, como povo, mas repousa em certas presunções sobre o objetivo natural dessa vontade, que é sancionada pelo raciocínio utilitarista. Tanto a existência como a dignidade dessa *volonté générale* desaparecem logo que falha a ideia do bem comum. E ambas, como pilares da doutrina clássica, inevitavelmente se reduzem a pó. SCHUMPETER, op. cit., p. 303.

⁴³ Ibidem, p. 304.

⁴⁴ Ibidem, p. 308.

disponibilidade para ação, a ferir de morte a doutrina clássica principalmente na ausência de vontade eficaz padrão.⁴⁵

A partir desse rol de vícios que acometem a teoria clássica, Schumpeter desfere sua própria em vínculos reais aos nossos tempos: “[...] o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”.⁴⁶ Diante disso, a sentença do economista para a democracia de roupagens ilusória: “Nenhuma dificuldade há com a democracia, exceto, talvez, a maneira de fazê-la funcionar”.⁴⁷

Não menos importante é o diagnóstico final proferido pelo economista matemático quanto à manutenção da doutrina clássica de democracia para os tempos vigentes, em que pese sua impraticabilidade pontual:

[...] a *democracia*, quando condicionada dessa maneira, deixa de ser um simples método que pode ser discutido racionalmente, como um motor a vapor ou um desinfetante. *Torna-se, na verdade*, aquilo que, de outro ponto de vista, consideramos incapaz de tornar-se, isto é, *um ideal, ou melhor, parte de um sistema ideal de coisas*. A palavra (324) torna-se *uma bandeira, um símbolo de tudo que o homem admira, de tudo que ama em seu país, seja razoavelmente justificado ou não*. [...] *A mera distância que o separa da realidade não constitui argumento contra uma máxima ética ou uma esperança mística.*” (Grifo nosso).⁴⁸

Outra severa crítica à democracia parte de Dahl, com certa proximidade à teoria da competição política de Schumpeter. O cientista político norte-americano formulou seu conceito de poliarquia para traduzir o que significa democracia na atualidade global: formação de governos mediante

⁴⁵ Ibidem, p. 311-313; “Normalmente, as grandes questões políticas tomam seu lugar na economia psíquica do cidadão típico lado a lado com os interesses das horas de lazer, que não alcançaram ainda a posição de *hobbies*, e com assuntos sem importância. Essas questões parecem tão distantes. Não são absolutamente iguais às questões de negócios.” Ibidem, p. 312; “Esse reduzido senso de realidade explica não apenas a existência de um reduzido senso de responsabilidade, mas também a ausência de uma vontade eficaz. O indivíduo fala, deseja, sonha, resmunga. E, principalmente, sente simpatias e antipatias. Mas, ordinariamente, esses sentimentos não chegam a ser aquilo que chamamos de vontade, o correspondente psíquico da ação responsável e intencional. De fato, o cidadão privado que medita sobre a situação nacional não encontra campo de ação para sua vontade nem tarefa em que ela possa se desenvolver. Ele é membro de um comitê incapaz de funcionar - o comitê formado por toda a nação - e é por isso mesmo que emprega menos esforço disciplinado para dominar um problema político do que gasta numa partida de bridge”. Idem.

⁴⁶ Ibidem, p. 301, 321.

⁴⁷ Ibidem, p. 301.

⁴⁸ SCHUMPETER, op. cit., p. 318.

eleições pautadas em palcos competitivos entre elites diferentes entre si, as quais operam ora em conflito, ora em compromisso.⁴⁹

Diante dessas colocações, pode-se enxergar a democracia clássica nos tempos correntes como outro projeto não realizado da modernidade, a restar tão somente apenas o seu discurso ideário quando considerado a vontade do povo. Melhor dizendo, temos democracias em níveis diversos de controle e contestação popular no globo, mas nenhuma auferida como democracia perfeita. Esta sofre redução ao campo ético sentimental.

É neste ponto que reside a necessidade de reversão da sonolência acometida à democracia contemporânea, numa direção em favor de uma maior prática democrática. Isso exige o reconhecimento da intangibilidade dos termos típicos da concepção clássica de democracia, a identificação dos fenômenos planetários e seus recondicionamentos ao *status* de fundamento a novos parâmetros de relações supranacionais e internacionais, em que o cidadão estatal passe a ser prestigiado como coadjuvante das decisões de ordem pública, alçado a uma categoria de cidadão global em questões universais comuns a todos.

Pensadores da atualidade situados na fronteira do pensamento focam para esse redimensionamento da democracia de participação majorada do cidadão, a visualizar na própria *Internet* e seus recursos próximos, o potencial de transformação deste ponto tão crucial para o reequilíbrio ou maior aproximação entre a consciência e a ciência/tecnologia, entre os valores morais/éticos e os valores mercadológicos de cunho predominantemente utilitarista. Corresponde a dizer que a democracia mecanicista e concreta - a realizável dentro do possível - deve ser efetivamente substituída por uma participativa, ainda que os graus dessa participação encontrem gradual ascensão no decorrer do tempo e a expansão do modelo democrático aos demais países ainda não aderentes se cumpra pela excelência e não pela imposição. Reconstrução da democracia atrelada ao repensar do cidadão e de uma possível nova condição deste: cidadão do mundo.

Para tanto, se colacionam posições de alguns pensadores de referência mundial, a iniciar com o próprio Giddens e sua ideia latente de superação das deficiências pelas quais a democracia se encontra quando

⁴⁹ "As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente, mas incompletamente, democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública." DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. p. 31.

argumenta pela existência de “[...] bons motivos para supor que a intensificação da globalização promove ativamente a democracia, mesmos em nações que tenham uma curta história democrática”.⁵⁰

De Held emerge, também, consideração a respeito da transformação provocada pela mundialização sobre o Estado, e a criação por parte deste de agências e organizações a participar do espaço global: “Longe da globalização conduzir ao ‘fim do Estado’, ela está estimulando uma série de estratégias de governo e governança, e, em alguns sentidos fundamentais, um Estado mais ativista”.⁵¹

A leitura de outros escritos de Held deixa bem claro que este não ignora o que chama de “[...] una eficacia y un alcance muy limitados de la democracia a nivel global”. Mais, ao pontuar problemas contemporâneos, tece sua visão propositiva de uma democracia de modelo cosmopolita, amparada no desenvolvimento da capacidade política e administrativa de recursos independentes nos níveis mundial e regional, em caráter complementar às searas nacional e local.⁵²

Em Habermas têm-se algumas considerações a respeito da cidadania mundial atrelada à democracia: “Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido, particularista, pode preparar o caminho para um *status* de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas em nível mundial”.⁵³

Esse cidadão planetário atrelado às novas tecnologias tem destaque em Luño, a reclamar uma mudança de percepção para os novos

⁵⁰ GUIDDENS (2001), op. cit., p. 160.

⁵¹ HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GUIDDENS, Anthony (Org.). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2006. p. 570; Sassen, porém, faz vislumbrar esse novo espaço do público ocupado por agências e organizações de atuação na arena global como um sintoma de uma readaptação do Estado, isto é, de desmontagem do público em favor do privado. Com isso, o Estado passa a ser elemento constitutivo da nova lógica internacional, a funcionar como o local para a realização do global. “Lo que circula a través del dominio público en la actualidad está orientado en gran medida a la preparación de la infra-estructura necesaria para las operaciones globales de los mercados y las empresas, así como también para la eliminación de las responsabilidades propias del gasto social que corresponden a la era anterior. Obviamente, se trata de un proyecto que presenta grandes variaciones según el país y que se está ejecutando de manera imperfecta”. SASSEN, op. cit., p. 256.

⁵² HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução María Hernández Díaz. 3. Imp. Madrid: Alianza Editorial S/A, 2012. p. 427; Outros olhares sobre o cosmopolitismo e a república mundial em: HELD, David. *Cosmopolitismo*. Ideales y realidades. Madrid: Alianza Editorial S/A, 2010; e, HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003. p. 304.

tempos em que a condição de interdependência é inerente aos fenômenos globais, com exaltação para o tecnológico:

El ámbito del mundo, cada vez más planetario, ha apretado decisivamente sus exigencias y reclama un planteamiento de la noción de ciudadanía que esté a la altura de las nuevas circunstancias. El horizonte actual de la ciudadanía, que orienta y circunscribe las pautas de su ejercicio, se halla determinado por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. (Grifo nosso).⁵⁴

Em suma, o avanço em direção a um arranjo mundial por meio de uma revalorização do cidadão em democracia participativa significa reconhecer os fenômenos mundiais de desmontagem dos instrumentos clássicos de poder - como faz Chevallier, por exemplo, no falso postulado de benesses trazido pela globalização -,⁵⁵ para daí lograr a reinvenção e redirecionamento daqueles numa lógica de bom uso a alcançar o fenômeno das novas tecnologias e seu ícone mundial: a *Internet*.

3. A *Internet* e as políticas públicas de inclusão digital - condições para a cidadania cosmopolita e a proteção do consumidor virtual

A concepção de uma democracia participativa exige não apenas a tradicional cidadania de esfera estatal em condições ampliadas, mas uma cidadania cosmopolita a requerer um novo meio para que a participação global se opere. Dentre as novas tecnologias da contemporaneidade, nenhuma outra se compara a grande rede de computadores no estreitamento e facilitação da comunicação humana. A *Internet*, por si só, um dos fenômenos da atualidade, pode vir a figurar como uma poderosa ferramenta de disseminação de bons valores democráticos. Para tanto, exige maiores padrões mundiais de liberdade e igualdade, esta última a abarcar a inclusão digital mediante políticas públicas específicas.

A vasta quantidade e qualidade de serviços individuais e coletivos, como também públicos e privados, contidos na grande rede de comunicação informativa planetária é de amplo e notório conhecimento geral, em igual forma para suas perspectivas futuras de alargamento das suas funções e interações com o ser humano. Tanto assim que, dentre os novos

⁵⁴ LUÑO, op. cit., p. 11-12.

⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280-281.

objetivos do milênio (MDGs) pós-2015, pendentes de definição, a conectividade universal é forte candidata para integrar o rol renovado.⁵⁶

Porém, conectividade não implica apenas acesso físico universal a *Internet* por meio de *lan houses*, telecentros, bibliotecas públicas ou privadas, laboratórios em escolas e em outros tipos de instituições de ensino, iniciativas privadas de acesso, no trabalho ou na residência. Não se trata apenas de velocidade adequada e compatível às tecnologias correntes. Não se restringe à diversidade de acesso às tecnologias múltiplas de conexão por meio de computadores domiciliares, aparelhos celulares, *tablets* e outros.

A conectividade passa por esse conjunto de condições materiais e vai além: protesta pela eliminação do analfabetismo funcional e informático para na sequência, ser seguido de uma formação da pessoa como cidadão digital. Demanda também, uma última instância da integração, fomento da identidade e pertencimento. A inclusão digital exige termos quantitativos atrelados aos qualitativos, parâmetros esses que servem de critério para análise das ações governamentais de inclusão digital mediante políticas públicas pretéritas.

Nesse sentido, colaciona-se notícia de 2010 a indicar a meta governamental para a expansão da banda larga a 75% dos domicílios do país até 2014. Ambição capitaneada pelo Plano Nacional de Banda Larga, mediante reativação da estatal Telebrás para utilização das redes ociosas de fibra ótica da União, estímulo à concorrência e obtenção de conexão barata aos usuários em geral. Ocasão em que o Comitê para Democratização da Informática - CDI emprestava crítica antecipada ante a falta de preocupação para com a capacitação qualitativa dos usuários.⁵⁷

Em termos cronológicos tem-se a edição do Mapa da Inclusão Digital de 2012, coordenado por Neri em trabalho da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Nesse grande relatório para a área das políticas públicas de conectividade, várias conclusões estatísticas de destaque emergiram, das quais algumas umas merecem maior alerta: a primeira, a indicar a posição brasileira de 63º lugar dentre 154 países mapeados, o que se traduz numa classificação a espelhar a média mundial; segunda, uma disparidade

⁵⁶ NERI, Marcelo Côrtes. *Mapa da inclusão digital*. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2012. p. 5.

⁵⁷ “[...] para Rodrigo Baggio, fundador e diretor-executivo do Comitê para a Democratização da Informática (CDI), não basta proporcionar apenas acesso, mas também capacitação. ‘É preciso dar treinamento para que a população utilize a web de forma qualitativa, para também produzir e gerar conhecimento’, afirma. (Grifo nosso). GUIMARÃES, Thiago. Desafios do governo Dilma: inclusão digital. In: *G1 - Política*. 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/desafios-do-governo-dilma-inclusao-digital.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

gritante entre regiões dentro das próprias cidades ou regiões do Brasil em matéria de acessibilidade digital; terceira, a precariedade das políticas públicas assentadas apenas no mero acesso sem vínculo a uma educação específica ao usuário da *Internet*; quarto, a obsolescência tecnológica como fator de exclusão digital a ser combatida pela instalação de centros ou uso do computador coletivo; quinto e último, a necessidade da inclusão digital ser vista como meio e não como a própria finalidade das políticas públicas.⁵⁸

É fundamental a avaliação da Controladoria-Geral da União - CGU publicada em noticioso de 2013 relativo ao período de 2007 a 2010. Nessa avaliação, o Programa Nacional de Tecnologia Educacional - Proinfo sofreu censura quando, dos cinquenta e seis mil laboratórios disponibilizados às escolas no período, doze mil não teriam sido instalados ou utilizados. Além disso, mais de quatro mil sofreriam de falta de segurança física e a falta de professores e técnicos preparados para o uso pedagógico da informática teria sido uma constante. Outros quase seis mil teriam sofrido desvirtuamento no seu uso e mais de três mil se encontrariam em uso desvinculado às matérias regulares.⁵⁹

Números que na visão do CGU, desqualificaria o resultado do Programa em tela, a provocar fartas recomendações ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, um dos seus executores. Em defesa, o FNDE relatou serem os Estados-membros e municípios integrantes do Programa os responsáveis pelo resultado final.⁶⁰

Por outro lado, e em termos meramente quantitativos, os dados provenientes do TIC Domicílios 2013 impressionam em duplos sentidos. Por um lado, e pela primeira vez, usuários da *Internet* no Brasil ultrapassaram a marca de mais da metade da população total, com 43% dos domicílios a usufruir de acesso a *Internet*. De outra banda, a insistente desigualdade de acesso digital foi mantida nas diferentes classes sociais: A, com 98% de domicílios com acesso; B, com 80%; C, outros 39%; D e E apenas 8%.⁶¹

⁵⁸ NERI, op. cit., p. 5-7 e 41.

⁵⁹ G1. Programa de inclusão digital do MEC não cumpriu metas, diz CGU. Controladoria estima que mais de 12 mil laboratórios não foram instalados. In: *G1 - Educação*. 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/02/programa-de-inclusao-digital-do-mec-nao-cumpriu-metas-diz-cgu.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ NIC.BR. *TIC Domicílios indica que 31% da população brasileira usa internet pelo telefone celular*. São Paulo, 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.nic.br/imprensa/releases/2014/rl-2014-20.htm>>. Acesso em: 01 out. 2014.

Além disso, no mesmo relatório TIC 2013 consegue-se visualizar muito além das questões que cercam o simples acesso físico às tecnologias da informação e comunicação. Confere-se atenção precisa ao acesso e uso da *Internet*, aspecto em que estão abrangidas atividades virtuais em detalhes, nas seguintes categorias: comunicação, busca de informações, transações, multimídia, educação, *downloads* de conteúdo, criação de conteúdo, compartilhamento de conteúdo, comércio eletrônico e governo eletrônico.⁶²

Desse panorama resta visível a necessidade de aperfeiçoamento das políticas públicas de inclusão digital para o país, tanto no seu aspecto quantitativo como qualitativo, com a visão de que essa é uma meta típica de meio e não a própria finalidade. Com justiça ressaltam-se os avanços específicos em determinadas áreas, como no caso da categoria governo eletrônico. Nessa seara foi registrada uma melhora com consequente reconhecimento por parte da ONU, fruto dos esforços recentes ilustrados em medidas que introduziram sistemas eletrônicos de gestão, prestação de serviços *online*, disponibilização e acesso a informações de governo e participação via eletrônica.⁶³

Assim, o sucesso de qualquer política pública de inclusão digital, fixado por meio de programas ou planos, sejam estes coletivos ou setoriais, mediato ou de longo prazo, deve atentar para certos padrões mínimos de formulação e realização de modo que sejam alcançados ao menos três resultados ao mesmo tempo distintos e coligados: em um primeiro nicho de atuação, o fornecimento do acesso e suas diversas reclamações de natureza material; outro vem a envolver a capacitação seguida da formação da pessoa, para que de mero usuário passe a deter o *status* de cidadão virtual; por fim, numa contribuição de Castells, a integração da cultura local ao contexto global tecnológico para geração da própria identidade.⁶⁴

⁶² NIC.BR. CETIC.BR. *TIC Domicílios - 2013*. Disponível em: <<http://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores>>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶³ ONUBR. Relatório da ONU reconhece esforços do Brasil para mitigar a desigualdade digital. In: *ONUBR*. 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/relatorio-da-onu-reconhece-esforcos-do-brasil-para-mitigar-a-desigualdade-digital/>>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, v. I, 1999. p. 451-452. Há abundante definição, explicação e classificação para o que seriam políticas públicas, de modo que o assunto em si encontra bom serviço em outros trabalhos. Entretanto, a função das políticas públicas merece um mínimo de atenção em razão do propósito desta pesquisa. Dentre as inúmeras opções de políticas públicas, se arrola a de Gazzaneo pela tradução aberta em completude dos elementos sem pecar pela simples generalização: “[...] atender aos direitos dos cidadãos, diante das demandas colocadas pela sociedade. Sua função primordial é buscar a concretização de direitos previstos na legislação que não têm força para materializarem-se por si só [...]”. GAZZANEO, op. cit., p. 136.

Em matéria de inclusão digital, outros referenciais valorativos devem estar sinalizados e respeitados em campos próprios nas políticas públicas formuladas. Muitos confundem desigualdade, exclusão e pobreza num único caldo significativo, como se fossem uns a tradução dos outros. Políticas públicas de inclusão digital devem levar em conta a dualidade contrastante na nossa sociedade local, nacional e global, traduzida em termos opostos como: igualdade *versus* desigualdade.

Termos genéricos e duais a espelhar uma dentre as maiores missões do ente público brasileiro, então previsto no comando constitucional do art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, na qualidade de objetivo a embasar a legitimação dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, ora com destaque para a cidadania e para a dignidade da pessoa humana, ambos incisos arrolados no art. 1º do diploma máximo.⁶⁵

A partir disso, tanto pobreza como exclusão correspondem a duas dimensões de um mesmo problema de radicalização da desigualdade, realidade muito presente no cotidiano brasileiro. Muito embora intrinsecamente atreladas, carregam consigo significados distintos em significantes também diferentes, em cargas disformes de desigualdade.⁶⁶

De Abranches logra-se uma leitura fidedigna de pobreza para os tempos vigentes: “Ser pobre significa, em termos muito simples, consumir todas as energias disponíveis exclusivamente na luta contra a fome; não poder cuidar senão da mínima persistência física, material”.⁶⁷

Costa, por sua vez, detém-se numa explicação pormenorizada do fenômeno social da pobreza, ao subdividi-la em duas: privação e falta de recursos. Ainda que entre estas exista uma relação de causa e efeito, a

⁶⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2014; “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*; (Grifo nosso)”.

⁶⁶ O economista Sachs faz a distinção desses termos, a ambos propugnando políticas públicas para seus enfrentamentos: “[...] a pobreza e a exclusão social não se combatem apenas com mecanismos de mercado e com crescimento econômico, mas sim, através de modelos de desenvolvimento adotados, das características da burocracia estatal, do desenho e da implementação de políticas públicas, da atuação dos agentes políticos e sociais, de programas de ajuda externa e de fatores de ordem sociocultural. A questão primordial é como viabilizar estas medidas para países e segmentos excluídos do processo de desenvolvimento.” SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 77.

⁶⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique. Política social e combate à pobreza: a teoria da prática. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio (Org.). *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 16.

primeira traz a falta e o não uso das capacidades do ser humano, enquanto que a segunda espelha a limitação ou impedimento de acesso a bens e serviços.⁶⁸ Dupla explicação também repisada em Sen, em que a pobreza é representada na inadequação da capacidade e na baixa renda.

Em Sen, porém, fica evidente a relação de causalidade entre privação e baixa renda, de modo que um encontra retroalimentação no outro. Para o economista indiano, a quebra desse círculo vicioso repousa no combate a pobreza vinculando mais renda à ampliação das capacidades, agora num círculo virtuoso.⁶⁹

Exclusão social, no que lhe diz respeito, teve sua formulação originada do sociólogo francês Castel, definido como o estágio máximo de marginalização obedecendo os diferentes tipos e níveis de rupturas com a comunidade e sociedade. Daí a dizer que uma pessoa pobre pode não ser necessariamente excluída, eis que integrada à sua classe e comunidade. Contudo, incontestemente dizer que a pobreza funciona como um grande catalisador em direção à exclusão.⁷⁰

Costa, mais uma vez enumera e explica os tipos de exclusão dos nossos tempos em econômica, social, cultural, patológica e autodestrutiva.⁷¹ Nisso, a *Internet*, para o bem e para o mal, vem a acrescentar o campo digital como outra potencial área em que uma nova espécie de exclusão da contemporaneidade pode se manifestar.

Portanto, o combate da exclusão digital naquelas três searas/nichos, antes delineados, envolve resultados em quatro segmentos distintos: contra a pobreza quando permite o acesso a *Internet* por múltiplos meios; contra a pobreza quando encampa a capacitação do usuário da *Internet*; contra a exclusão virtual quando possibilita a formação da pessoa em cidadão de padrões éticos; e, ainda, contra a exclusão em geral quando proporciona a projeção dessa pessoa num contexto maior, sua identificação e pertencimento.

Ralws segue uma linha muito próxima a Sen. Ambos insistem, com razão, na potencialização das capacidades humanas e não apenas em políticas públicas isoladas de redistribuição de renda. Mas é em Ralws

⁶⁸ COSTA, Alfredo Bruto da. *Exclusões sociais*. Lisboa: Gradiva, 2007. p. 27-28.

⁶⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 27, 54 e 115.

⁷⁰ CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: BELFIORE-WANDERLEY, Mariangela et al (Org.). *Desigualdades e questão social*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2000. p. 17-50.

⁷¹ COSTA, op. cit., p. 21-23.

que a educação assume um papel libertador total quando fornece o desenvolvimento do ser em suas potencialidades regido por uma criatividade instigada, apenas limitada ao imposto pelo Estado dentro de padrões de justiça. Para o filósofo político, as pessoas devem ser libertadas do véu de ignorância, para então realmente poderem exercer escolhas livres em padrões igualitários, racionais e morais.⁷²

É neste ponto que as formulações de Sen como de Rawls não mais prosperam ante o escrutínio da realidade. A filosofia da linguagem há muito fez cair o mito da racionalidade e da neutralidade. O ser humano, mesmo equipado com as suas potencialidades não é verdadeiramente livre. A própria contingência das ações humanas o coloca à prova corriqueiramente, e as soluções encontradas para o tempo corrente recaem em uma síntese paradoxal em convivência com problemas planetários a exigir cooperação transnacional frente à impotência das fórmulas estatais tradicionais.

Conforme a máxima de Castel “A liberdade sem proteção pode levar à pior servidão: a da necessidade”.⁷³ Em outros dizeres, liberdade de escolha advinda da adequada educação, precedida da igualdade de capacidades combinada à melhora da renda em geral, não basta frente às inserções nocivas à vontade exercidas no novo palco da *Internet*, tanto nas relações horizontais como as verticalizadas. É nesta etapa que recai sobre o Estado o dever maior de proteção do antes usuário e agora cidadão virtual, o que se exemplifica com o consumidor virtual, também nosso foco de preocupação nesta pesquisa.

O comércio eletrônico representa a face exposta das relações de consumo na *Internet*, em que a transação é visível e aberta, muito embora nem sempre transparente e de boa-fé, quanto mais objetiva, ao consumidor. Este, que no mundo virtual praticamente se pauta pela confiança e não pela informação, vem cada vez mais adquirir bens e serviços neste novo formato de proximidade transacional.

De outro lado e na sua face oculta, as relações de consumo eletrônicas estão sendo regidas mediante acesso dos dados pessoais dos consumidores, por meio do uso de fórmulas à base de algoritmos cada vez mais aprimorados que realizam rastreamentos de toda ordem na *Internet*,

⁷² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Editora. 2008, p. 31.

⁷³ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 44.

por vezes com os dados supostamente fechados, outras com os dados espontâneos de consumidores para fins de cadastro, sem esquecer-se da garimpagem na grande nuvem.

O escopo desse novo proceder do fornecedor visa certo controle e manipulação externa à vontade do consumidor, realizável por estímulo subjetivo de aquisição. As pessoas, na qualidade de usuários da *Internet*, não estão preparadas para isso, sequer para reconhecer as tentativas de inserção de novos desejos e sentimentos de necessidades, a quebrar com autonomia da liberdade, então mito da modernidade.

É neste ponto que a proteção se deve fazer presente. Uma proteção tanto preventiva como de defesa por parte do Estado, com o seu aparato burocrático e classe política motivadas pelo reclame oriundo da sociedade civil, ou ao menos de parte desta. Em nada adianta, portanto, políticas públicas que promovam a inclusão digital quando desacompanhadas das demais ações que visam proteger esse usuário. E mais, a capacitação e formação educacional deste mesmo usuário por si só não logra mais protegê-lo dos desmandos do mercado eletrônico globalizado. Tampouco o próprio Estado isolado faz frente a isso. O contexto atual demanda ações supranacionais a exemplo da União Europeia e seus mais recentes diplomas de proteção dos dados pessoais.

No Brasil, o diploma mais próximo a uma proteção virtual se traduz no MCI. Aprovado em 23 de abril de 2014 como Lei nº 12.965, inova ao regular o uso da *Internet* pela instituição de princípios, garantias, bem como direitos e deveres aos seus usuários e demais participantes, com prescrição de diretrizes para a atuação do Estado.⁷⁴

Constituído de 32 artigos dispostos em cinco capítulos, a discorrer sobre fundamentos, princípios, uso e glossário para a *Internet*. Inova em direitos e garantias dos usuários. Enfatiza temas como a neutralidade da rede com regras diversas para conexões e aplicações. Versa sobre responsabilidades e atuação de integrantes do Poder Executivo e Judiciário, com a disciplina da atividade estatal, entre outras medidas.⁷⁵

O MCI na função de parâmetro para a formulação de políticas públicas robustas de inclusão digital traz uma série de normas espalhadas

⁷⁴ PERES, Bruno. Dilma vai “tirar dúvidas” no Facebook sobre o marco civil da *internet*. In: *Valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3525228/dilma-vai-tirar-duvidas-no-facebook-sobre-o-marco-civil-da-internet>>. Acesso em: 04 de maio de 2014.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco civil da *internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

por todo o seu texto. Tem início nos fundamentos, precisamente no art. 2º, incisos I, II e VI, a encampar o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais e a finalidade social da *Internet*. É seguido na parte dos princípios pelo art. 3º, inciso VII, e o destaque da natureza participativa da rede, bem como nos objetivos pelo art. 4º, incisos I e II, a contemplar o direito de acesso universal, acesso à informação e conhecimento, assim como vida cultural e participação nos assuntos públicos.

Dentro dos direitos e garantias dos usuários merece destaque o art. 7º, incisos IV e V, a tratar da não suspensão do serviço da *Internet* - salvo inadimplemento - e manutenção da qualidade controlada da conexão. No que tange à atuação do poder público e suas diretrizes, vale menção ao art. 24, incisos I, II, V, VIII, IX e X. Englobam os mecanismos de governança multiparticipativa e democrática, a racionalização da gestão, expansão e uso da *Internet* por intermédio do Comitê Gestor da *Internet* para o país, adoção preferencial de padrões livres, desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da rede, promoção da cultura e da cidadania, e ainda, prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão.

Ainda nesse tópico de atuação do poder público, tem-se o art. 25, incisos II, IV, V, a envolver a acessibilidade, facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico e fortalecimento da participação social nas políticas públicas. No art. 26, atrelado ao art. 29, *caput* e seu parágrafo único, tem-se delineada a exigência do cumprimento da função educacional do Estado, o qual se repisa parte frente à sua importância para as políticas públicas a serem formuladas:

[...] na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a *capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.* (Grifo nosso).⁷⁶

Por fim, o art. 27 então emoldurado dentro dos deveres estatais de atuação, aqui ganha foco para as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da *Internet* em prol da sociedade, com a explícita missão de promover a inclusão digital e reduzir as desigualdades ligadas à nova tecnologia, como se apura no detalhe:

⁷⁶ BRASIL, op. cit., Lei nº 12.965.

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da *internet* como ferramenta social devem:

I - promover a *inclusão digital*;

II - *buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso*; e,

[...] (Grifo nosso).⁷⁷

Todos esses dispositivos são reforçados pelo art. 28, também do MCI, ao fixar e fomentar estudos constantes da *Internet* no país, e a partir de então fixar metas, estratégias, planos e cronogramas afins.

Em sede de proteção, ao menos para o consumidor virtual, o MCI traz explícita defesa deste combinado a uma proteção geral dos dados pessoais, respectivamente no art. 2º, inciso V, art. 3º, inciso III e art. 7º, inciso XIII. Estes dispositivos vão se desdobrar em vários outros, com ênfase para os incisos I, II, III e VIII do art. 7º, art. 8º, no seu parágrafo único, inciso I. Também, art. 10, §§ 1º e 2º e §§ 3º e 4º aliado ao art. 11, seguido dos arts. 13, 21 e 23.

É mérito do MCI quando vem contemplar normas para fins de inclusão de toda espécie e paradigma, não se omitindo nas protetivas estatais de função voltada para a coibição e a repressão contra as práticas e os atos abusivos dirigidos ao consumidor no uso indevido dos seus dados pessoais.

Conclusão

Uma avaliação crítica isenta não se omite em dizer que o MCI encontra incompletude nesse quesito da proteção de dados, até porque seu foco prioritário era e continua sendo a *Internet* como um todo. Por sua vez, o consumidor físico em geral detém em seu favor o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, que deve sim sofrer releitura interpretativa para os novos tempos, com ênfase para o art. 43, no seu *caput*.

Contudo, os dados pessoais eletrônicos, sejam de consumidores ou não, clamam por um maior nível de proteção formal e aplicada. A pretérita iniciativa do Ministério da Justiça para com um diploma próprio destinado à proteção de dados deve ser lembrada e reanimada, de maneira que o país - ao menos em sede formal num primeiro momento - tenha sua própria legislação para com um novo direito que vem sendo gradativamente reconhecido em inúmeros países: direito à proteção dos dados pessoais.

⁷⁷ Idem.

Independentemente disso, as políticas públicas de inclusão digital devem, desde já, atentar para seu cuidado e preservação quanto ao uso da *Internet* pelas pessoas em geral, o que somente ocorrerá quando atrelada à capacitação e formação educacional do usuário e sua transformação em cidadão virtual.

Disso emerge um novo entendimento de enquadramento do cidadão, não sendo apenas aquele que se exterioriza nos atos de relação direta com o Estado - meio tradicional ou via governo eletrônico -, mas também nas demais ocasiões corriqueiras da sua vida digital, a serem regidas por critérios éticos e de valoração moral da comunidade e sociedade a que pertence.

Conduta a permitir novos tons à democracia, muito além daquela mecânica participação do cidadão em processos estanques de condução dos interesses e negócios do Estado. É neste ponto que a *Internet* passa a funcionar com um novo papel permissivo a uma democracia participativa, sendo potencializada pelo Marco Civil da *Internet* no contexto brasileiro, por outros diplomas e políticas públicas completas e sérias no seu emprego ainda por vir.

Apesar dos inúmeros outros problemas e desafios aqui não traçados - como, por exemplo, a agressiva desigualdade social regional, ainda marca do nosso país, ou a expansão exponencial do universo digital no seu total de informações a curto espaço de tempo - figura como ponto pacífico a crescente nas tecnologias da informação, comunicação e computação, sendo a *Internet* uma constante da contemporaneidade.

Repelir a reprodução das mazelas do mundo real para o mundo virtual consiste num grande desafio para o Estado e para a sociedade civil a que pertence. Porém, o desafio maior é fazer da *Internet* o local de acesso universal às pessoas em que as potencialidades humanas encontram guarida e instigação, local para uma nova cidadania estatal e supranacional a se descobrir em um novo tempo.

Esse patamar, contudo, pede políticas públicas predecessoras de combate à pobreza e à exclusão (digital) para a busca de um reequilíbrio salutar da relação dual entre igualdade *versus* desigualdade. Conscientes de que, como os duelistas ficcionais de Conrad, tal embate é inerente à civilização humana no seu transcurso do tempo, em que a história revelada prescinde de ambos para existir, mas, e quem sabe, num novo estágio de condição compulsória para aquela que ainda se traduz como um dentre as grandes males da nossa experiência humana.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Política social e combate à pobreza: a teoria da prática. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio (Org.). *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.
- CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: BELFIORE-WANDERLEY, Mariangela et al (Org.). *Desigualdades e questão social*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2000.
- _____. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CONRAD, Joseph. *Os duelistas*. Tradução André de Godoy Vieira. Porto Alegre/RS: L&PM, 2008.
- COSTA, Alfredo Bruto da. *Exclusões sociais*. Lisboa: Gradiva, 2007.
- DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.
- DIZARD, Wilson. *A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Banche dati telematica e diritti della persona*. QDC, Padova: Cedam, 1984.
- _____. *L'uomo artificiale: ética e diritto nell'era planetária*. Milano: Spirali Edizioni, 1986.
- GAZZANEO, Luciana Müller. *Tecnologia, direito e sociedade: as perspectivas de inclusão digital na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2006.
- GUIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da socialdemocracia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GLEICK, James. *A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada*. Tradução Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

- HELD, David. *Cosmopolitismo*. Ideales y realidades. Madrid: Alianza, 2010.
- _____. *Modelos de democracia*. Tradução Maria Hernández Díaz. 3. Imp. Madrid: Alianza, 2012.
- _____. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GUIDDENS, Anthony (Org.). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: Unesp, 2006.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- IANNI, Octávio. A política mudou de lugar. In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *¿Cibercidadaní@ o ciudadanoí.com?* Barcelona: Gedisa, 2003.
- LYORTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NERI, Marcelo Côrtes. *Mapa da inclusão digital*. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2012.
- ORTIZ, Renato. Mundialização, cultura e política. In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, v. I, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins, 2008.
- SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid: Katz, 2010.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- VECA, Salvatore. *Cittadinanza: riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*. Milán: Feltrinelli, 1990.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

VIGEVANI, Tullo. *Globalização e política: ampliação ou crise de democracia?* In: DOWBOR, Ladislau et al (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.

WILSON, Nigel Guy. *Encyclopedia of Ancient Greece*. New York: Routledge, 2006.

Referências eletrônicas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila-do.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da *Internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

G1. Programa de inclusão digital do MEC não cumpriu metas, diz CGU. Controladoria estima que mais de 12 mil laboratórios não foram instalados. In: *G1 - Educação*. 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/02/programa-de-inclusao-digital-do-mec-nao-cumpriu-metas-diz-cgu.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

GUIMARÃES, Thiago. Desafios do governo Dilma: inclusão digital. In: *G1 - Política*. 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/desafios-do-governo-dilma-inclusao-digital.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

HERÓDOTO. *The Persian Wars* by Herodotus. Tradução (para o inglês) George Rawlinson. Edição Bruce J. Butterfield, 1942. In: *Pars Times*. Greater Iran & Beyond. Disponível em: <http://www.parstimes.com/history/herodotus/persian_wars/>. Acesso em: 24 set. 2014.

MOREIRA, Antonio Eudes Nunes. *A internet e a globalização*. São Paulo, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://melodiaweb.com/Sessao.aspx?cod=373>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

NIC.BR. CETIC.BR. TIC Domicílios - 2013. Disponível em: <<http://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores>>. Acesso em: 01 out. 2014.

NIC.BR. TIC Domicílios indica que 31% da população brasileira usa *internet* pelo telefone celular. São Paulo, 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.nic.br/imprensa/releases/2014/rl-2014-20.htm>>. Acesso em: 01 out. 2014.

ONU.BR. Relatório da ONU reconhece esforços do Brasil para mitigar a desigualdade digital. In: *ONU.BR*. 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/relatorio-da-onu-reconhece-esforcos-do-brasil-para-mitigar-a-desigualdade-digital/>>. Acesso em: 01 out. 2014.

PERES, Bruno. Dilma vai “tirar dúvidas” no Facebook sobre o marco civil da internet. In: *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3525228/dilma-vai-tirar-duvidas-no-facebook-sobre-o-marco-civil-da-internet>>. Acesso em: 04 maio 2014.

DESTAQUE

TENDÊNCIAS DO DIREITO DOS CONSUMIDORES NA UNIÃO EUROPEIA*

MÁRIO FROTA**

Título I: O plano de acção 2002-2006

Capítulo I: Os precedentes

A política de consumo ou, com propriedade - ante a tónica que mister será fazer recair personalisticamente sobre o sujeito que não sobre o objecto da relação jurídica de consumo -, a política de consumidores não constituíra claro objectivo inscrito no Tratado de Roma de 1957.

E conquanto os planos, projectos e programas se hajam delineado principalmente a partir de 1975, só com o Tratado de Maastricht de 1993 se afigura lícito e avisado considerar que de uma autêntica e genuína política de consumidores se poderia reclamar a, ao tempo, Comunidade Europeia, que precedeu a União Europeia, saída do Tratado de Lisboa.

E daí até então se gizaram sucessivos planos, de extensão homogénea, a saber:

- o Plano Trienal de 1993/1995
- o Plano Trienal de 1996/1998
- o Plano Trienal de 1999/2001
- o Plano Quinquenal de 2002/2006
- o Plano Septenal de 2007/2013 e
- o Plano Septenal de 2014/2020

* NOTA DOS ORGANIZADORES: O professor Mário Frota escreve este artigo especificamente para esta obra, com o propósito de revelar a política de consumidores, no seu plano formal, pertencente à União Europeia, susceptível de se refletir nos programas de ação de que dá nota no artigo. O professor segue de perto os documentos emanados da União Europeia, com a sistematização que é própria de Portugal. Este artigo é um complemento de sua obra "DIREITO EUROPEU DO CONSUMO - Reflexo das Políticas de Consumidores da União Europeia", com prefácio de Ada Pellegrini Grinover, Curitiba: Juruá, 2007.

Tendo em vista a peculiaridade do texto, o mesmo vem com configuração diferenciada dos demais textos expostos na presente obra. Os organizadores optaram por manter a forma original apresentada pelo autor para guardar fidelidade à exposição.

** Professeur à l'Université de Paris XII (1991/2006). Director do CEDC - Centro de Estudos de Direito do Consumo, de Coimbra. Director da RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo, de Coimbra. Presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Presidente da Comissão de Instalação do Centro de Estudos Euro-Latino-Americano de Direito do Consumo, Coimbra/São Paulo. Fundador e primeiro presidente da AIDC - Association Internationale du Droit de la Consommation, Bruxelles. Fundador e primeiro Vice-Presidente da AEDEPH - Association Européenne de Droit et Economie Pharmaceutiques, Paris.

Capítulo II: O plano propriamente dito

1. Objectivos

De entre os objectivos da estratégia da política de consumidores constantes do Plano de Acção 2002-2006 realce - porque elementar - para o primeiro objectivo que se traduz em “um elevado nível comum de tutela da posição jurídica do consumidor”.

Os mais, evidenciados no documento em epígrafe, cingiam-se a uma não despicienda, aliás:

- efectiva aplicação das normas de direito do consumo;
- participação das instituições de consumidores (europeias, regionais e nacionais) nos diferentes segmentos das políticas europeias.

E, como o realço no meu “Política Europeia de Consumidores - o acervo europeu de direito do consumo”:¹

“o objectivo que ora se assina implica a harmonização do ordenamento dos consumidores, através dos instrumentos mais ajustados, a saber, directiva-quadro, normas, códigos de boas práticas”.

As acções que importa compendiar para o efeito resumem-se no passo de que se trata a 6 pontos:

- segurança de produtos e serviços de consumo;
- direito à protecção dos interesses económicos do consumidor - *modus legiferandi*;
- serviços financeiros;
- comércio electrónico;
- serviços de interesse geral;
- comércio internacional: normalização, rotulagem.

2. Acções

Definamos cada uma de *per si* as acções que se projectaria desencadear para que o objectivo primeiro, imbricado nos mais, se lograsse alcançar.

2.1. Segurança de produtos e serviços de consumo

A circulação de produtos e serviços constitui um dos pilares do Mercado Comum.

¹ Coimbra: Almedina, 2003. p. 67 e ss.

No quadro dos produtos, o sucesso parecia assegurado.

No quadro dos serviços, outrotanto se não observava.

Daí que a UE se propusesse empenhar em uma estratégia susceptível de atingir análogos objectivos para os serviços.

No plano, porém, da segurança - e em termos de um elevado e coerente nível de protecção - o projecto apresentava-se em permanente edificação.

No domínio dos serviços, as iniciativas restringiam-se aos transportes.

O que se traduziria em algo de manifestamente insuficiente.

As prioridades situavam-se a distintos níveis:

- aplicação da directiva revista da segurança geral dos produtos² (*maxime* o desenvolvimento das normas que nela se encerram);

- acções tendentes a dar expressão à segurança geral dos serviços (e a abordagem de específicas condições de segurança) e, em particular, o distinto enquadramento das substâncias químicas de molde a assegurar a adopção de medidas de redução dos riscos e a incrementar níveis mais elevados de segurança do consumidor.

2.2. Direito à protecção dos interesses económicos do consumidor - *modus legiferandi*

2.2.1. Práticas comerciais

O Livro Verde preconizava um sem número de regras tendentes a uma harmonização dos métodos negociais e das normas de enquadramento que se revelarem indispensáveis.

O objectivo seria o de se transpor a paliçada da harmonização mínima para uma plena harmonização, ainda que progressiva.

As promoções constituíram preocupação da Comissão Europeia que se propusera naturalmente submeter a debate um projecto de Regulamento que se aplicaria em todo o espaço económico europeu de modo consequente e uniforme.

2.2.2. Revisão de outros instrumentos normativos

Domínios como os dos “direitos reais de habitação periódica” (*time-sharing*) e os das “viagens turísticas” se achavam na mira da Comissão.

² Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001 (JO L 11, de 15 de janeiro de 2002).

O propósito seria o da introdução de modificações recomendadas pelas circunstâncias ante as deficiências detectadas na sua concreta aplicação.

O que a Comissão pretendia era propor a plena harmonização do regime das directivas, de molde a minimizar as divergências que se registam e se mostram susceptíveis de provocar uma “fragmentação do mercado interno em detrimento dos consumidores e das empresas”.

A directiva dos preços deveria ser também, na ótica do plano em apreciação, objecto de revisão.

2.2.3. Direito dos contratos de consumo

A Comissão Europeia apresentou em 2001 uma comunicação³ subordinada ao direito europeu dos contratos: o objectivo a que se tendia seria o da uniforme aplicação do direito no seio do mercado interno ante a diversidade de regimes susceptíveis de se captarem.

Os contratos de consumo representam, na realidade, importante segmento do direito europeu dos contratos.⁴

A consulta a que a Comissão procedeu daria eventualmente lugar a um Livro Verde ou Branco que permitiria auscultar os propósitos ante a disparidade de regimes e a imperiosidade de se lograr uma plataforma comum.

O Parlamento Europeu e o Conselho aguardavam, pois, os resultados da consulta.

De entre as soluções que neste passo preconizadas, no domínio do direito europeu dos contratos de consumo, poder-se-ia entrever um misto de medidas reguladoras e não reguladoras.

No plano das não reguladoras, perspectivava-se a coordenação das actividades de investigação susceptível de conduzir a um quadro geral de referência.

O quadro geral de referência assentaria em princípios e em uma conceptologia comuns: empreender-se-iam iniciativas tendentes a assegurar a coerência do acervo normativo.

³ COM (2001) 398 final.

⁴ Neles se enquadra a disciplina atinente a:
I - CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS; II - O REGIME JURÍDICO DA PUBLICIDADE; III - DAS PROMOÇÕES DE VENDAS; IV - CONTRATOS DE SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL; V - CONTRATOS AO DOMÍLIO; VI - CONTRATOS ELECTRÓNICOS; VII - CONTRATOS DE CRÉDITO; VIII - CONTRATOS DE SERVIÇOS FINANCEIROS; IX - CONTRATOS DE SEGUROS; X - CONTRATOS DE VIAGENS TURÍSTICAS; XI - CONTRATOS DE *TIME-SHARING* (DIREITOS DE HABITAÇÃO PERIÓDICA); XII - DA RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL (GARANTIAS DE COISAS MÓVEIS DURADOURAS); XIII - DA RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR.

Provável previsão do processo de revisão do direito dos contratos de consumo em vigor, a fim de se eliminarem incoerências, preencherem lacunas e simplificarem as disposições esparsas por inúmeros instrumentos: *in casu*, *v.g.*, a harmonização dos períodos de reflexão ou ponderação constantes de uma mão cheia de directivas.⁵

2.3. Serviços financeiros

O Plano de Acção dos Serviços Financeiros⁶ que o Conselho Europeu, que houve lugar em Lisboa em Março de 2000, estabeleceu - como data-limite de concretização -, 2005, provera a um sem número de iniciativas tendentes à consecução do mercado interno, em particular no que se prende com valores correntes, a saber, com montantes de diminuta expressão.⁷

De entre as medidas encetadas pela Comissão, avultavam:

- O Regulamento atinente aos pagamentos transfronteiras em euros;⁸

- Proposta de Directiva em tema de abusos de mercado⁹ no domínio dos valores mobiliários;

- Proposta de Directiva a propósito dos projectos em tema enunciados no passo precedente;¹⁰

- Proposta de Directiva do crédito ao consumo, cuja relevância se tinha por manifesta;¹¹

O Plano de Acção estimaria como necessárias medidas suplementares, a saber, susceptíveis de:

- favorecer a prestação de serviços financeiros transfronteiras;

- garantir adequada protecção dos consumidores, onde quer que se encontrem na U. E.;

- reforçar a confiança em transacções fronteiriças.

⁵ Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (JO L 280, 29.10.94, p. 83), Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, 4.6.1997, p. 19), Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, 31.12.1985, p. 31).

⁶ COM (1999) 232 final.

⁷ O VI e último relatório em torno do estado da questão veio a lume a 3 de junho de 2002.

⁸ Regulamento nº 2560/2001, de 19 de dezembro de 2001 (JO L 344, de 28 de dezembro de 2001).

⁹ COM (2001) 181 final, de 31 de julho de 2001.

¹⁰ COM (2001) 280 final, de 28 de agosto de 2001.

¹¹ COM (2002) 443 final, de 11 de setembro de 2002.

A Comissão propunha-se, no plano de que se trata, intervenção reguladora no domínio dos serviços financeiros:

- submeter projecto de quadro jurídico geral para os pagamentos no mercado interno: as formas de moeda e de pagamentos evoluem com celeridade (*moeda de plástico, moeda electrónica*), impondo-se em ordem a um eficiente funcionamento do mercado a subsistência de instrumentos e redes expeditos e fiáveis.

A esse título, propunha-se ainda analisar a evolução dos preços, prazos e a relação intercedente entre o emitente e o detentor das formas de pagamento *sub judice*: impor-se-ia o reexame da legislação em vigor.

Outras iniciativas se perspectivavam:

- Revisão da Directiva sobre serviços de investimento em vista da harmonização das normas de conduta;
- Proposta em torno das obrigações de transparência das sociedades cotadas.

O acervo de medidas que neste passo se preconizaria tendia a beneficiar os consumidores ao criar um mercado interno dos serviços financeiros, mais equitativo e transparente.¹²

2.4. Comércio electrónico

No contexto do Plano de Acção *eEurope* 2000, a Comissão definiu uma estratégia de molde a reforçar a confiança dos consumidores no domínio do comércio electrónico *online* assente em quatro pontos:

- Normativos dominados pela clareza e coerência;
- Efectiva aplicação das regras a propósito vertidas;
- Códigos com elevados padrões de qualidade;
- Mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ADR).

A desconfiança neste particular é patente: os contratos *em linha* situavam-se ainda, ao tempo, na ordem dos 2% do volume global de negócios jurídicos de consumo.

Conquanto subsistam códigos do mais diverso jaez, marcas de confiança e sistemas similares, o seu número e diversidade afiguravam-se ao consumidor como um obstáculo à conclusão de contratos por essa via.

As medidas empreendidas no quadro da *e-confidence*, pela Comissão promovida em Maio de 2000, permitiram frutuoso diálogo entre

¹² De assinalar que, entretanto, os serviços financeiros à distância por Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, foram disciplinados, o que constitui um passo mais na senda da definição dos serviços de que se cura.

consumidores e empresários: o escopo seria o de acordar em torno de comuns exigências de boas práticas.

O acordo global submetido em Dezembro de 2001 assentava em uma exigência de marcas de confiança e em uma estrutura susceptível de supervisionar a sua aplicabilidade prática.

O Relatório de Avaliação do Desempenho da Iniciativa *eEurope* de 5 de Fevereiro de 2002¹³ revela que são ainda ténues os progressos tendentes à tutela do consumidor face às ameaças à segurança, a despeito da adopção da Directiva das Assinaturas Digitais.¹⁴

As agressões mediante, v. g., os *vírus* informáticos, agravaram substancialmente o factor insegurança.

Donde a evolução do Plano de Acção *eEurope* em termos de uma mais abrangente abordagem no que tange à segurança das redes e da própria informação que nelas radica.

Por isso, a pretensão da Comissão em distintas perspectivas, a saber:

- Recomendação sobre a confiança do consumidor no comércio electrónico;
- Cooperação com os demais partícipes na supervisão da aplicação do acordo;
- Acções de promoção e suporte tecnológico a desenvolver pela Comissão e Estados-membros;
- Regulamentação internacional em matéria de segurança de comércio electrónico.¹⁵

2.5. Serviços de interesse geral

Serviços de interesse geral, de harmonia com a comunicação da Comissão,¹⁶ são os que como tal se definem pelas autoridades públicas e se acham sujeitos a obrigações de serviço público.

Serviços de interesse geral abrangem nomeadamente a água, a energia, as telecomunicações, os transportes, os serviços postais, sem ignorar vertentes outras que se apartam dos instrumentos em que se plasma a discussão em torno de problemática tão momentosa.

¹³ COM (2002) 62 final, de 5 de fevereiro de 2002.

¹⁴ Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999.

¹⁵ COM (2001) 298 final, de 6 de junho de 2001, Resolução do Conselho nº 14.378/2001, de 6 de dezembro.

¹⁶ COM (2000) 580, de 20 de setembro de 2000. *Cfr.* nota 20 *infra*.

O serviço universal, que é como que um suporte fáctico-jurídico dos serviços de interesse geral, pauta-se por princípios e valores que se analisam sob determinadas rubricas, a saber:

- universalidade;
- igualdade;
- continuidade;
- acessibilidade de preços;

As obrigações que daí decorrem destinam-se a seguir *pari passu* o processo de liberalização.

O Relatório submetido ao Conselho Europeu de Laeken em tema de “Serviços de Interesse Geral” revelava o propósito de a Comissão elaborar periodicamente resenhas do desempenho do mercado neste particular: o primeiro dos relatórios foi já dado à estampa, tendo identificado a qualidade dos serviços como um importante desafio para o futuro.

Registe-se, porém, que não havia indicadores de qualidade suficientemente desenvolvidos por forma a permitir uma avaliação dos serviços: a Comissão propõe-se apresentar uma comunicação que reflecta a metodologia para a avaliação horizontal dos serviços de interesse geral.

2.5.1. Energia

No domínio de que se trata, a Comissão submeteu propostas¹⁷ em ordem a uma maior abertura à concorrência dos mercados da electricidade e do gás: tais propostas previam a possibilidade conferida aos consumidores da livre escolha do fornecedor até 1 de Janeiro de 2005 (algo que de todo não sucedeu em todo o espaço do Mercado Interior).

Das propostas constava de forma pormenorizada um sem número de direitos fundamentais dos consumidores, em que se incluía, no tocante à electricidade,

- o direito a um serviço universal;
- condições mínimas aplicáveis aos contratos;
- transparência em matéria de preços e tarifário;
- medidas de protecção de consumidores vulneráveis (hipervulneráveis?);
- mecanismos de apreciação e resolução de reclamações mediante adequada composição de interesses;

¹⁷ Proposta de directiva que altera as directivas 96/92/CE e 98/30/CE relativas às regras comuns para os mercados internos da electricidade e do gás natural - comunicação da Comissão COM (2001) 125, de 13 de março de 2001.

- adoção de sistemas alternativos de resolução de conflitos as-sentes na celeridade, eficácia, segurança e não onerosidade.

A Comissão afirmara formalmente que

continuará a acompanhar a aplicação das regras do mercado interno da electricidade e do gás, designadamente no que respeita aos seus efeitos sobre os consumidores, e prosseguirá o trabalho de investigação sobre um vasto conjunto de opções para o futuro no domínio da energia.

2.5.2. Transportes

Os transportes públicos, como relevante segmento dos serviços de interesse geral, também se achavam na mira da Comissão Europeia (o Executivo da União Europeia).

Registra-se, ao que se afirmara, enorme insatisfação em decorrência do que se apurara em um inquérito Eurobarómetro¹⁸ e em inquéritos outros dirigidos a grupos-alvo específicos.

Em um dos domínios particulares - o dos transportes aéreos - havia já progressos consideráveis no que tange aos direitos dos passageiros.

O propósito seria o de privilegiar os demais meios de transporte de molde a afirmar e a consolidar direitos que se vêem preteridos e se vêem preterindo.

A Comissão Europeia, no “Livro Branco” intitulado “A Política Europeia de Transportes no Horizonte 2010: a hora das opções”, declarara a sua intenção de, na medida do possível e até 2004, “*tornar extensivas as medidas de protecção dos consumidores aplicáveis aos transportes aéreos aos outros modos de transporte*”, nomeadamente os transportes ferroviários e marítimos e, tanto quanto possível, os serviços de transportes urbanos.

2.6. Comércio internacional: normalização, rotulagem

Os acordos da OMC - Organização Mundial do Comércio - e os que se achavam em curso de negociação no seu seio assumem uma relevância inexpugnável para o estatuto do consumidor: do mesmo passo os trabalhos no quadro do Codex Alimentarius.

E a relevância perpassa todos os domínios - produtos e serviços, nas projecções da concepção ao consumo: precaução, prevenção,

¹⁸ Eurobarómetro sobre os SIG, setembro de 2000, disponível no seguinte endereço internet: <http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/facts_euro53_en.pdf>.

segurança, transparência (rotulagem), métodos negociais¹⁹ que lhes subjazem, sem ignorar os debates sobre marcas e patentes no quadro da propriedade intelectual.

De par com a OMC, registem-se ainda os acordos, ao tempo em fase de negociação, com distintos países e regiões com interesse manifesto para os consumidores.

As normas internacionais são de análogo modo de ter em conta, como o reconhece o Conselho nas conclusões de 1 de Março de 2002 a propósito do documento de trabalho publicado em Julho de 2001 sob a epígrafe “Princípios da Política Europeia em matéria de normalização internacional”.²⁰

Os sistemas privados que, como sói dizer-se, se vêm implementando e se analisam quer em códigos de boa conduta, como em directrizes (*guidelines*) e na rotulagem de pendor voluntário (que acresce obviamente à que imperativamente as leis impõem) susceptíveis de conferir ao consumidor informação da origem, produção ou o impacto potencial do produto de que se trata, completariam decerto as medidas tomadas pelos poderes públicos de molde a promover o denominado *desenvolvimento sustentável*.

A Comissão Europeia propor-se-ia promover e proteger os interesses e direitos dos consumidores no quadro da OMC - Organização Mundial do Comércio e bem assim no contexto do tráfego jurídico bilateral ou em outras instâncias.

Para tanto, estabeleceu uma via de diálogo com as associações de consumidores: daí o intento de promover a participação dos consumidores na normalização internacional,²¹ via privilegiada para a qualidade, eficácia e segurança de produtos e serviços.

3. Balanço parcelar da actividade a um ano do termo do plano de acção (2005)

Escalpelizando pontualmente o que no objectivo primeiro do plano 2002-2006 se encerra, importa clarificar que, afora a publicação da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005 (JOCE L149, de 11 de Junho de 2005), no que à política de consumidores se refere *em sentido estrito* (com óbvia exclusão do que se reporta à saúde e segurança alimentar, em que ora se legisla por meio de regulamentos, que não exigem a intermediação do legislador dos

¹⁹ Acordo TBT - Obstáculos Técnicos ao Comércio.

²⁰ SEC (2001) 1296, de 26 de julho de 2001.

²¹ No quadro da ISO – Organização Internacional de Normalização.

Estados-membros porque de aplicação directa e imediata) não houve ainda concretizações outras, designadamente no que se prende com os mais domínios enunciados nas precedentes considerações, a saber:

3.1. Segurança de produtos e serviços em geral

Não se operaram quaisquer *avanços* a não ser no plano das intenções, como decorre da Resolução dada à estampa em finais de 2003,²² no domínio da segurança dos serviços.

3.2. Protecção dos interesses económicos

3.2.1. Revisão de instrumentos normativos neste domínio

- direitos reais de habitação periódica (*time-sharing*);
- viagens turísticas
- preços

3.2.2. Direito dos contratos de consumo

• não houve eventual evolução na sequência da comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho grafada sob o nº (2004) 651 final, de 11 de Outubro de 2004, em torno dos passos ulteriores que importaria encetar em ordem à construção de um direito europeu dos contratos, como instrumento alicerçante do MERCADO INTERNO.²³

²² A Resolução do Conselho de 1 de dezembro de 2003, se reconheceu que "a importância dos serviços na economia europeia e as expectativas do consumidor relativamente a um alto nível de segurança dos serviços" determinaria, na sequência do Relatório de 6 de Julho de 2003, a análise em cooperação com os Estados-membros, o âmbito e as prioridades, bem como a abordagem, a metodologia e os procedimentos mais adequados e eficazes para melhorar a base de conhecimento sobre a segurança dos serviços, em particular no que se refere aos aspectos transfronteiras, com suficiente flexibilidade para ter em conta as diferentes abordagens dos Estados-membros.

Ademais, o Conselho convida os Estados-membros a:

- participarem activamente nos futuros trabalhos da Comissão sobre a segurança dos serviços;
- prosseguirem e reforçarem, sempre que pertinente, os seus esforços no que diz respeito aos aspectos da segurança das suas políticas e medidas relacionadas com o sector dos serviços.

A Comissão deveria apresentar ao Conselho os resultados dos seus trabalhos na área da segurança dos serviços aos consumidores, acompanhados, se necessário, de propostas de acções comunitárias até 31 de dezembro de 2004.

Ademais, por Decisão da Comissão, de 3 de março de 2004, se instituiu os comités científicos nos domínios da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente.

²³ Cfr., porém, o teor do ofício que, após a elaboração do presente trabalho, o Comissário Europeu, Markos Kyprianos, nos remeteu, com data de 12 de julho de 2005, que aqui se recebeu em 26 seguinte, a saber:

"Como talvez já seja do seu conhecimento, a Comissão está a proceder a uma ampla revisão do acervo legislativo comunitário sobre protecção dos consumidores, que abarca várias directivas, incluindo a Directiva 93/13/CEE. Esta revisão, que abrange todos os Estados-Membros e inclui a

3.3. Serviços financeiros

A proposta de directiva do crédito aos consumidores, conquanto haja merecido parecer em 17 de Julho de 2003, com a chancela do português Jorge Pegado Liz, do Comité Económico e Social Europeu, mantém-se em ponto morto, o que é deplorável ante os entorses a que as legislações se sujeitam com flagrante desfavor para o estatuto do consumidor em um mercado em que os contratos de crédito preponderam.

As demais iniciativas previstas neste particular não foram ainda, tanto quanto se julga saber, objecto de concretização.

3.4. Comércio electrónico

Publicada, com efeito, decisão atinente ao reforço da segurança dos contratos à distância, mas sem sequência, porém. Na altura em que fora dado à estampa o Plano de Acção 2002-2006, ultimavam-se os trabalhos conducentes à promulgação da Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, em tema de “serviços financeiros à distância”.²⁴

3.5. Serviços de interesse geral

A eventual progressão ante os propósitos enunciados na COM (2000) 580, de 20 de Setembro de 2000, espelha-se nos Livros Verde e Branco, o primeiro de 2003 e o último de 2004.²⁵

3.5.1. Energia

Sem novidades no que tange ao mercado interno da electricidade e do gás e sem instrumentos outros para além dos que se achavam já em vigor.

A faculdade conferida teoricamente aos consumidores de livre escolha de fornecedor até 1 de Julho de 2005 não se revelou até exequível em uma pluralidade de Estados-membros, como fora o caso de Espanha e Portugal, designadamente.

verificação da transposição do acervo comunitário, está actualmente na fase de recolha de dados, fase que deverá estar terminada em finais de 2006.

Temos previsto publicar um relatório global sobre a revisão do acervo legislativo comunitário relativo à protecção dos consumidores, que servirá de base para uma consulta pública. Em função dos dados que forem recolhidos, poderemos organizar um seminário consagrado exclusivamente à Directiva 93/13, ou um seminário mais alargado sobre várias directivas relativas aos consumidores.”

²⁴ A Decisão n.º 854/2005, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, *in* JO L149, de 11 de junho de 2005) adopta um programa para a promoção de uma utilização mais segura da internet e das novas tecnologias em linha.

²⁵ Cfr., primeiro, o Livro Verde relativo aos Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270 final), de 21 de maio de 2003 e, em seguida, o Livro Branco da Comissão sobre os Serviços de Interesse Geral (COM(2004) 473 final), de 24 de abril de 2004.

3.5.2. Transportes

No particular do transporte aéreo, realce para o Regulamento 261/2004, de 11 de Fevereiro, que rege em matéria de recusa de transporte por excesso de emissão de bilhetes de passagem face à lotação das aeronaves (“overbooking”).

Em preparação, o Regulamento dos Direitos do Consumidor no atinente aos transportes ferroviários internacionais.

O Livro Branco sob a epígrafe “A Política Europeia de Transportes no Horizonte 2010: a hora das opções” declara, porém, a sua intenção de, na medida do possível e até 2004, “tornar extensivas as medidas de protecção dos consumidores aplicáveis aos transportes aéreos aos outros modos de transporte”, nomeadamente os transportes ferroviários e marítimos e, tanto quanto possível, os serviços de transportes urbanos.

3.6. Comércio internacional: normalização, rotulagem

Não havia notícia, ao tempo, de uma progressão nos propósitos constantes do plano em apreciação, conquanto houvesse obviamente discussões em aberto, ao que se julgara saber.

Mas não houve progressos sensíveis que permitissem significar que os objectivos preconizados houvessem sido atingidos em extensão e profundidade.

3.7. Cooperação europeia entre Estados-membros

De molde a assegurar o cumprimento da legislação comunitária em todo o espaço económico e social da União Europeia, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram o Regulamento (CE) nº 2006/2004, de 27 de Outubro de 2004, que rege em matéria de cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

Título II: O plano de acção 2007-2013 ora findo

Capítulo I: A sua arquitectura

1. Preliminares

A Comissão Europeia dirigiu ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao das Regiões uma *COMUNICAÇÃO* grafada sob o nº 2005/0042 (COD) - COM (2005) 115 final,

em 6 de Abril de 2005, sob a epígrafe “Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos: uma estratégia em matéria de saúde e de protecção dos consumidores”.

A Comissão Europeia apresenta uma proposta de DECISÃO que desenvolve os termos de um Programa de Acção no domínio retro-mencionado.

No plano formal, a COMUNICAÇÃO espalha-se por 5 pontos, com a orientação que importa declinar, seguindo-se *pari passu* os seus termos:

1. Introdução;
2. Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos europeus;
3. Melhorar o estado de saúde dos cidadãos europeus;
4. Por um mercado europeu para os consumidores europeus;
5. Conclusão.

E, em anexo, os textos que se reportam a:

I. Uma Agência executiva que congregue o Programa da Saúde e do Consumidor;

II. Exemplos de domínios da política e temas susceptíveis de um mais amplo desenvolvimento e de sinergias com as políticas de saúde e consumidores.

2. Propósitos

Observar-se-á doravante *pari passu* o que os documentos em debate, emanados da Comissão Europeia, nos revelam. O que quer significar que os seguiremos de perto.

O original a que acedemos, por amabilidade de Fernando Cardoso, quadro superior da Direcção-Geral das Pescas da Comissão Europeia e nosso respeitado colega do curso jurídico 1972/77, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, constituía a versão francesa, cuja tradução e adaptação nos coube, importa dizê-lo em abono da verdade.

2.1. A que aspiram os cidadãos?

Os europeus, *maxime* os que à União Europeia se vinculam, o que pretendem poder-se-á condensar em uma fórmula singela:

- viver uma vida saudável;
- em absoluta segurança; e
- com inteira confiança nos produtos e serviços a que acedem.

À escala da União Europeia, países e regiões, poderes públicos, empresas e sociedade civil terão um papel a desempenhar para a superação de tais preocupações.

Domínios como os da saúde e protecção dos consumidores representam desafios comuns que só uma consequente acção da União permite relevar.

Os objectivos a que se tende visam reaproximar a Europa dos cidadãos e a reforçar a sua competitividade.

A melhoria da saúde contribuirá para a produtividade, para as taxas de actividade da população e para o crescimento sustentável da Europa.

A ausência de saúde, ao invés, provoca um acréscimo de encargos e constitui um fardo para a economia.

Do mesmo passo, almeja-se a consecução de um mercado interno de produtos e serviços que se compaginem com os requisitos essenciais de segurança.

2.2. Razões de método

A agregação das políticas e programas de saúde e demais interesses dos consumidores em um quadro único visa, de análogo modo, um objectivo que é o do recrudescimento da eficácia de uma política europeia para os cidadãos.

Os objectivos de tais políticas que emanam dos artigos 152 e 153²⁶ do Tratado de Nice relevam de um sem número de objectivos comuns, a saber, os de promover

- a saúde;
- a informação e a educação (formação);
- a segurança;
- a integração da saúde e interesses dos consumidores nas demais políticas.

A tipologia de acções é similar em mira dos objectivos por cuja consecução urge se pugne:

- informação dos cidadãos;

²⁶ O que o artigo 153 do Tratado estabelece, no seu n.º 1, é o que segue: "A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses".

- audição e consulta dos partícipes;
- actividades convergentes e agregadoras (*mainstreaming*);
- avaliação dos riscos

O recentramento de tais domínios em oposição à metodologia até então adoptada permitirá reforçar, ao que se afirma, os *ímpetus*, promover economias, criar sinergias, e colher vantagens de uma estrutura orgânica comum: a Agência Europeia de Saúde.

3. Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos europeus

As políticas neste particular entretedidas visam avantajar a qualidade de vida dos cidadãos da União na perspectiva da saúde e dos seus interesses como consumidores.

No plano da saúde, os progressos registados avaliar-se-ão com base no apoio do indicador estrutural “anos de vida, em boa saúde (AVBS)”, vale dizer, o número de anos que se prevê viva o cidadão em boa saúde, e os indicadores de saúde da União Europeia.

Para a política de consumidores *tout court*, se acham diversos indicadores em curso de elaboração.

3.1. Objectivos comuns à saúde e à protecção dos consumidores

Três objectivos comuns se partilham:

1. Proteger os cidadãos dos riscos que escapam à observação de um indivíduo isolado e contra os quais os Estados-membros não podem opor-se pontualmente de modo eficaz (*v.g.*, as ameaças à saúde, os produtos perigosos, as práticas comerciais desleais).

2. Reforçar a capacidade dos cidadãos de molde a alcançarem-se melhores decisões nos planos da saúde e da protecção como consumidores.

3. Integrar tais objectivos em qualquer das políticas desenhadas no plano comunitário de molde a recentrar nesse particular tais preocupações.

3.2. Acções comuns

Um sem número de domínios podem conduzir a sinergias entre a política de saúde e a política de consumidores da União Europeia, de tal sorte que se perspectivam inúmeras possibilidades de acções complementares:

- aperfeiçoar a comunicação com os cidadãos de modo a fornecer-lhes as informações necessárias à sua saúde e à defesa dos seus interesses enquanto consumidores, e ter mais adequadamente em conta as suas preocupações quando da elaboração das políticas, por exemplo, ao desenvolver portais *web*, ao organizar campanhas de sensibilização, inquéritos e conferências e ao criar pontos de informação;- incrementar a participação das associações de consumidores e de saúde na elaboração das políticas da União Europeia, favorecendo, por exemplo, o estabelecimento de redes de associações, de consultas públicas mais amplas e uma melhor representação no seio dos órgãos consultivos. As associações de consumidores e de saúde devem poder desempenhar um papel mais activo, emitir pareceres especializados e fazer-se ouvir. O movimento de consumidores tem um défice de credibilidade na União Europeia e torna-se necessário reforçar as redes no domínio da saúde; - estabelecer estratégias, no seio da Comissão, em ordem a integrar domínios como os da saúde e dos consumidores nas demais políticas, partilhando com os Estados-membros as experiências que melhor exprimam a assimilação de tais ideias:

- No primeiro dos domínios, relevo para a avaliação do impacto na saúde e para as energias que se desprenderão em campos como os da segurança alimentar, o da política social, o do ambiente, o aduaneiro, o da investigação científica e o da política regional;

- No que aos consumidores tange, as políticas em foco serão as da regulamentação dos mercados ou as dos direitos dos cidadãos (direitos de autor ou o acesso à justiça, *p. e.*), a da concorrência, a dos serviços de interesse geral, a da normalização e a da sociedade da informação que constituem políticas-chave ou nucleares.

- Incrementar o aconselhamento científico e a avaliação dos riscos pelos *experts* (peritos), fornecendo, *v.g.*, a detecção precoce dos riscos, ao analisar os seus efeitos potenciais, permutando informações sobre os perigos e a exposição, ao propiciar uma harmonização dos métodos de avaliação dos riscos e promovendo a formação dos avaliadores;

- promover a segurança dos produtos e das substâncias de origem humana (*sangue, tecidos e células*) através, por exemplo, da permuta de melhores práticas, de campanhas de sensibilização, de directrizes de execução, de actividades de formação e de constituição de redes, de um trabalho de vigilância permanente e de elaboração de normas;

- promover a cooperação com instituições internacionais e países terceiros nos domínios da saúde e da protecção dos consumidores. A

União Europeia tem de desempenhar um papel mais relevante no domínio da saúde à escala internacional, reforçando a cooperação com a OMS e a OCDE e carreando apoios a países terceiros, nomeadamente aos países candidatos à adesão, aos países vizinhos e aos Balcãs ocidentais, no que aos grandes *dossiers* da saúde pública tange.

No que toca às questões do consumo, imprescindível se torna promover uma cooperação internacional tanto no que se refere à segurança dos produtos como no que se prende com tratamento a dispensar aos empresários inescrupulosos e ímprobos.

O orçamento proposto ascende a 1203 milhões de euros, o que representa um acréscimo substancial face às despesas actuais. A Agência Executiva instituída pelo programa de saúde pública²⁷ estender-se-á aos consumidores de molde a servir de suporte ao novo programa (cfr. anexo III).

Capítulo II: A política de consumidores tout court

Por um Mercado Europeu para Consumidores Europeus

1. A situação actual

Sendo inofismavelmente maior a percepção da relevância da confiança dos consumidores enquanto condição essencial para os mercados, o facto é que este aspecto não se foi suficientemente tido em conta em todos os domínios políticos.

Nem todos os Estados-membros conferem hoje em dia uma acrescida prioridade à protecção dos consumidores, em razão, sobretudo da crise que em 2007/2008 se abateu sobre a Europa e o mundo civilizado.

As empresas parece reconhecerem os efeitos positivos da legislação europeia de protecção do consumidor acerca do desenvolvimento do mercado interno, no reforço da confiança dos consumidores e na exclusão dos profissionais desonestos do mercado. A importância de uma representação forte e credível dos consumidores é de análogo modo reconhecida como de extrema valia.

Como o revela a análise de impacto, é imprescindível progredir nos domínios considerados como de absoluta prioridade para a política de consumidores.

Os objectivos actuais - um nível comum elevado de protecção dos consumidores, uma boa aplicação da legislação e uma influência acrescida

²⁷ Decisão 2004/858/CE.

dos consumidores na elaboração das políticas - permanecem, por conseguinte, válidos e bem assim o que consiste em integrar os interesses dos consumidores nas demais políticas delineadas e prosseguidas no seio da União Europeia.

De forma análoga, a elaboração de dados que permitam compreender os problemas e as necessidades dos consumidores permanece um desafio, malgrado os progressos registados recentemente.

Um mercado integrado carrega vantagens económicas ao consumidor (maior escolha de produtos e serviços, concorrência fundada na qualidade, preços mais baixos, valorização do nível de vida). As políticas susceptíveis de visar o mercado interno deverão processar-se de sorte que tais vantagens se materializem, nomeadamente no que se refere à qualidade de produtos e serviços, à sua acessibilidade, assim como a sua integração. O mercado interno não pode funcionar correctamente sem a confiança dos consumidores. Torna-se indispensável assegurar-lhes uma protecção adequada a fim de garantir ao mercado crescimento e competitividade.

2. Acções projectadas

A política de consumidores deve, entretanto, seguir a evolução das coisas.

Os desafios com que se deve confrontar a política de consumidores. Sirvamo-nos, como exemplo, de:

- o envelhecimento da população e bem assim a necessidade de integração (sobretudo no contexto da sociedade da informação) das pessoas com necessidades particulares. Os problemas que se suscitam conectam-se com a segurança de produtos e serviços, a vulnerabilidade aos embustes e aos profissionais inescrupulosos e desonestos, e bem assim com a facilidade de acesso aos bens e serviços essenciais;
- os desafios propostos, para além do mais, aos consumidores pelos mercados modernos mais complexos e sofisticados, que oferecem uma mais ampla gama de escolhas, mas geram também riscos mais importantes, neles cabendo obviamente os de feição delitual;
- a realização do potencial que das transacções transfronteiras emergem pela eliminação dos obstáculos que impedem ainda a consecução da dimensão “comércio de retalho” do mercado interno;
- o duplo desafio que consiste em mais e melhor fazer respeitar a legislação, através das fronteiras;

[...] reclamam esforços suplementares e novas ideias, que passarão por uma acção em dois domínios prioritários, como segue:

- assegurar a todos os consumidores deste espaço económico e social, onde quer que vivam, viajem ou adquiram os seus produtos na União Europeia, um elevado nível comum de protecção contra os riscos e as ameaças à sua segurança e aos seus interesses económicos;
- reforçar a aptidão dos consumidores a que defendam os seus próprios interesses, vale dizer, ajudá-los a que os tomem em suas mãos de forma decisiva.

Um Instituto Europeu de Consumidores, criado no seio da Agência única incumbida de promover o cumprimento do programa, representará a pedra angular na execução das acções em perspectiva.

Prevêem-se quatro *marcos* para a acção a desencadear:

2.1. Compreender melhor os consumidores e os mercados

O ponto consiste em:

- desenvolver e actualizar a base de conhecimentos científicos e as ferramentas disponíveis em ordem a avaliar a exposição dos consumidores às substâncias químicas, nomeadamente na perspectiva da segurança geral dos produtos e contribuir para a aplicação do REACH;²⁸
- elaborar indicadores e critérios de referências comparáveis no quadro da política de consumidores: medir o sucesso do mercado na perspectiva dos resultados carreados aos consumidores, por exemplo, no que se refere aos *preços*, ao volume das transacções transfronteiriças efectuadas pelos consumidores, ao volume do *marketing* transfronteiriço, às fraudes no consumo, nos acidentes e nas lesões deles resultantes, às denúncias dos consumidores, com precauções peculiares nos serviços de interesse geral;
- adquirir um conhecimento aprofundado das demandas e comportamentos dos consumidores e das suas interacções com as empresas, assim como dos efeitos da regulamentação nos mercados, ao efectuar-se um trabalho, por exemplo, sobre a informação dos consumidores e indagando da sua satisfação, com a ajuda do programa estatístico da União, enquanto necessário.

²⁸ REACH é o acrónimo de *Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals*, programa que visa assegurar, no plano de que se trata, o registo, a avaliação e autorização de substâncias químicas fiáveis em homenagem à saúde e segurança dos consumidores.

Algumas das suas actividades poderão integrar-se no 7º programa-quadro de investigação.

2.2. Regulamentar melhor a protecção dos consumidores

O marco consistirá em:

- concluir a revisão das directivas relativas ao direito do consumo e “*mettre au point*” um quadro-comum de referência para o direito europeu dos contratos;
- analisar os aspectos “segurança” do mercado transfronteiriço de serviços na iminência de se desenvolver, proceder a uma análise completa da directiva sobre a segurança geral de produtos e recorrer de forma mais sistemática à utilização das normas;
- apreender melhor as políticas nacionais que aos consumidores respeitem: recensear e promover a melhor praxis, estabelecer critérios de referência e formular recomendações, formar os responsáveis pela elaboração das políticas e da aplicação da legislação;
- estudar o modo por que os interesses dos consumidores são tomados em conta no trabalho de normalização e identificar os pontos a melhorar;
- zelar por que os consumidores sejam consultados quando da elaboração da política de consumidores, concorrer para o suporte das associações de consumidores eficazes à escala da União e apoiar a sua participação nos trabalhos dos órgãos consultivos, dos grupos de discussão e das comissões especializadas.

2.3. Melhorar a aplicação da lei, o seu acompanhamento e as vias de acção

Eixo essencial que impõe:

- reforçar a aplicação das regras através das fronteiras: aplicação da legislação em vigor e coordenação dos trabalhos de todos os actores e, em particular, dos serviços aduaneiros, nomeadamente no que respeita à segurança geral dos produtos e ao sistema RAPEX, tendo em conta a dimensão internacional;
- melhorar a transposição e aplicação das directivas da União Europeia, afectar maior soma de meios às actividades de acompanhamento, a fim de assegurar uma interpretação coerente;
- melhorar a aptidão das associações de consumidores de molde a assistir os consumidores, a contribuir para a detecção precoce dos profissionais inescrupulosos e a seguir as políticas nacionais;

- melhorar os meios de acção de que dispõem os consumidores, nomeadamente nos negócios transfronteiriços, neles se abrangendo o acesso à resolução extrajudicial dos litígios e o desenvolvimento da rede dos centros europeus do consumidor.

2.4. Melhorar a informação e a educação dos consumidores

Marco que consiste em:

- informar o consumidor, em colaboração com os Estados-membros, no que se refere, por exemplo, aos seus direitos e aos meios de acção à sua disposição: as informações fornecidas versarão designadamente sobre os ensaios comparativos e visarão igualmente a uma melhor sensibilização às ofertas disponíveis na União Europeia;

- desenvolver a educação dos consumidores, apoiando-se em um trabalho piloto realizado até ao momento no domínio da educação;

- dar a sua contribuição às autoridades nacionais para a educação dos consumidores, afirmando-se nesse particular uma dimensão europeia e promovendo acções dirigidas ao universo-alvo dos jovens consumidores;

- zelar por que os consumidores possam, mercê de uma melhor informação, escolher com conhecimento de causa e de uma maneira responsável no plano ambiental e social os géneros alimentícios e bem assim os produtos e serviços os mais vantajosos e correspondentes ao melhor dos seus objectivos em função do modo de vida e de forma a reforçar a sua confiança;

- reforçar as capacidades das associações de consumidores: formação com vista ao desenvolvimento das competências e dos saberes, constituição de redes e conagraçamento de esforços para a consecução de objectivos comuns.

A análise de impacto revela a necessidade de empreender uma acção mais larga e sustentada em qualquer dos domínios. Para tal é indispensável dispor de meios que ora inexistem.

De molde a constituir uma base de conhecimentos que se ocupe, por exemplo, dos prejuízos sofridos pelos consumidores, a segurança dos serviços, a satisfação dos consumidores e a sua confiança no mercado, dos serviços de interesse geral ou da sociedade da informação, é indispensável realizar um trabalho de investigação mais importante do que o que se fez até ao momento.

A formação das associações de consumidores e a informação dos cidadãos exigem esforços sustentados que vão para além do que permitem os recursos actuais.

A cooperação em matéria de controlo para aplicação da legislação, aí se abrangendo a edificação de redes e a formação de quantos têm por missão fazer respeitar a lei, é necessária para assegurar nas melhores condições a vigência e a aplicação transfronteiriça das regras, o que comportará naturalmente encargos financeiros. É indispensável se carreguem meios suplementares para a prossecução de uma política de sustentação das associações de consumidores em uma Europa alargada. Impõe-se se disponha de recursos financeiros bem superiores aos dos actuais orçamentos de molde a dar sequência à estratégia 2002-2006 e pôr em relevo os desafios esboçados precedentemente.

A execução do programa e a gestão dos reclamados recursos suplementares ter-se-ão de apoiar em uma organização eficaz e estruturada. A solução que apresenta a melhor relação custo/eficácia consiste em tornar extensiva a agência executiva para a saúde à problemática do consumo, de molde a nela incluir um serviço expressamente incumbido da política de consumidores.

3. Perspectiva crítica

Os objectivos a que visa o projecto de PLANO DE ACÇÃO parece situarem-se muito aquém das expectativas.

A razão de ser e os fundamentos da estratégia de 2002-2006 tecidas ainda na vigência da Comissão Europeia a que presidira Romano Prodi e que corresponderiam à anterior legislatura, abandonados que foram, cavam uma brecha no sistema que o novo desenho da estratégia 2007-2013 parece não preencher ou recompletar de todo.

A adunção saúde/consumidores parece conduzir a uma maior fragilidade da política de consumidores, enquanto tal. Expressão que deve ser entendida em termos hábeis, já que o direito à saúde e segurança constitui um dos pilares da carta de direitos do consumidor.

Nem sequer se nos afigura haverem sido assimiladas as conclusões do “parecer de iniciativa” intitulado “A Política de Consumidores após o Alargamento da U. E.”, que surge com a chancela do português Jorge Pegado Liz, mui ilustre conselheiro do *CESE - Comité Económico e Social*

Europeu - e que o órgão, com a sensibilidade que lhe é peculiar, aprovara por quase unanimidade, em 10 de Fevereiro de 2005, já que dos 97 titulares, só dois se abstiveram, votando concordantemente 95 dos seus membros.

As conclusões que nele se expressam merecem o aplauso de quem se consagra à temática em apreço, afigurando-se-nos não haverem sido tidas em consideração na proposta de decisão em análise, ao menos em segmentos relevantes, como se apreciará.

Do seu teor, realce para:

- A promoção, a participação, a protecção e a defesa dos consumidores devem constituir um objectivo permanente de todas as políticas da União Europeia, como verdadeiro direito da cidadania europeia;

- Com o alargamento a mais de dez Estados-membros, onde, na sua maioria, a protecção dos consumidores é uma questão relativamente nova, haverá que repensar toda a política dos consumidores em termos da sua adequação à nova realidade de um mercado com cerca de 500 milhões de consumidores;

- À União Europeia e às suas instituições cabe um papel decisivo no estabelecimento das prioridades na reformulação do quadro legal e institucional e dos programas de acções indispensáveis para assegurar uma efectiva política dos consumidores que assegure e realize aqueles objectivos;

- O CESE, com o presente parecer de iniciativa, propõe-se contribuir para a definição de uma tal política, como intérprete das preocupações da sociedade civil e tendo em especial conta a participação dos representantes oriundos dos novos Estados-membros;

- O CESE é de parecer que as prioridades imediatas, em termos de política de consumidores, são:

- A consolidação do acervo comunitário, num esforço de simplificação e codificação;

- A efectiva aplicação do direito legislado e adequadamente transposto, e o seu estrito controlo;

- A implementação da directiva-quadro sobre as práticas comerciais desleais;

- Um esforço urgente no sentido de melhor informação e educação dos consumidores;

- A consideração da efectiva integração da política dos consumidores nas restantes políticas quer ao nível comunitário quer ao nível nacional;

- O apoio às organizações de consumidores com vista à realização de análise de produtos e troca de informações sobre a sua qualidade.

- O CESE defende que organizações representativas dos consumidores fortes e independentes constituem a base para uma efectiva política de defesa, promoção e participação dos consumidores;

- O CESE entende que, para esse efeito, é necessário garantir que as organizações de consumidores sejam adequadamente financiadas para o desenvolvimento de acções, programas, projectos e iniciativas;

- O CESE é de opinião que a definição de critérios de representatividade e de participação das organizações de consumidores poderá contribuir decisivamente para uma maior eficácia da política dos consumidores;

- O CESE entende que, de forma gradual e sem se perder de vista a necessidade de manter o equilíbrio dos interesses em causa, se deverá prosseguir ou dar início a novas iniciativas legislativas, destacando os seguintes domínios:

- Segurança de serviços e responsabilidade de prestação de serviços defeituosos;

- Serviços *essenciais* de interesse geral;

- Protecção da saúde e da segurança;

- Maior segurança nos pagamentos electrónicos e na utilização da *internet*;

- Sobreendividamento das famílias;

- Meios de pagamento;

- Direito dos contratos;

- Acesso à justiça e ao espaço judiciário único.

- Por outro lado, o CESE é de entendimento que deveria ser revista e compatibilizada entre si vária legislação comunitária já existente, em ordem a adequá-la ao novo mercado único alargado, destacando, em especial, as seguintes áreas:

- Responsabilidade do produtor;

- Vendas ao domicílio, vendas à distância, comércio electrónico e promoção de vendas;

- Cláusulas abusivas;

- Crédito ao consumo;

- Garantias na venda de bens e serviços;

- O CESE lembra a sua proposta de criar um Instituto Europeu de Investigação para a Protecção do Consumidor para proporcionar a base de conhecimento indispensável para a política dos consumidores;

- O CESE apela aos Estado-membros para que considerem a protecção, a defesa, a promoção e a participação dos consumidores como uma prioridade a considerar em todas as suas políticas;

- O CESE recomenda à Comissão que tenha presente as propostas e sugestões constantes do presente parecer na definição das novas orientações em matéria de política dos consumidores e que proceda à divulgação periódica de relatórios sobre a situação do consumo e dos consumidores na Europa”;

Na realidade, enorme distância haverá que ser percorrida em vista de uma autêntica, autónoma e genuína política de consumidores na vertente estrita por que se espraia, saúde à parte.

Conquanto a preocupação de se imbricar a política dos consumidores nas demais políticas, como se revelou em um dos anexos infra, se torne meritória, o fenómeno não poderá de todo o modo constituir pretexto para subverter a real valia de ambas as vertentes, desvalorizando-se o segundo termo da equação.

Há que promover hérculeo esforço de molde a consubstanciar

- a EDUCAÇÃO e a FORMAÇÃO e bem assim;

- a INFORMAÇÃO ao consumidor.

na trave mestra da acção mais ampla da União Europeia em sede de promoção dos interesses do consumidor.

No que tange à *PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR*, impor-se-ia o desencadeamento de adequadas acções tendentes à consecução de:

- um acervo normativo congruente (simplificação e tendência para a codificação);

- instituições que mediem conflitos e dirimam litígios de modo consequente;

- uma instituição que, em racional aproveitamento de recursos económico-financeiros, se ocupe da investigação em ordem ao reforço do estatuto do consumidor;

- uma outra - ao estilo das novas Agências - que avoque as tarefas de execução a nível europeu das políticas estritamente a cargo da Comissão.

No que tange ao acervo normativo, urge ter a percepção dos domínios de intervenção que se impõem, para que da norma à sua efectiva aplicação não distem abismos insusceptíveis de superação.

O acesso à informação e o acesso à justiça constituem prioridades marcantes que mister é se não percam de vista.

A denegação de justiça principia em geral na ignorância dos direitos e prolonga-se na inacessibilidade dos consumidores a instâncias em que de modo célere, seguro e tendencialmente gratuito ou em que prepondera a moderação de custos, se dirimam conflitos e se dispense, afinal, justiça, como elementarmente se impõe.

O Comité, ante as insuficiências detectadas, elaborou um parecer de iniciativa, a 20 de Maio de 2005, intitulado “Quadro Jurídico para a Política de Consumidores”, que será objecto de discussão em 16 de Setembro próximo, em Bruxelas.²⁹

Título III: O novo plano de acção 2014-2020 em projecção

Capítulo I: Arquitectura

1. Os planos septenais

A União Europeia definiu para o período de 2007-2013 o primeiro plano de acção septenal a que se associara uma distinta filosofia de que mais tarde se apartaria, ainda a tempo de poder desenvolver autonomamente as acções imbricadas nas correspondentes políticas: a fusão dos domínios da saúde e dos consumidores.

As políticas delineadas pela União Europeia influenciam decisivamente, ao menos no plano teórico, as que se esboçam e desenvolvem em nível de cada um dos Estados-membros.

Não se ignore que os actos legislativos emanados do Parlamento Europeu e do Conselho da União, seja por que meio for, se reflectem directamente no ordenamento jurídico de cada um dos Estados-membros. E que é no exercício das políticas consequentemente desencadeadas que os actos normativos emergem.

²⁹ O documento desdobra-se em:

- “1. Objecto do parecer de iniciativa;
2. A questão;
3. O consumidor-cidadão;
4. O nível de protecção;
5. Harmonização total / harmonização minimal;
6. O efeito directo horizontal das directivas do consumo;
7. Interesses difusos e colectivos: acção inibitória e acção indemnizatória;
8. Acesso ao Tribunal de Justiça;
9. O papel da autorregulação;
10. O questionário.”

Nem se descure que a União Europeia continua a pôr o acento tónico na subsidiariedade das suas políticas, asseverando que a primazia neste como em outros domínios recai directa e primordialmente sobre os seus Estados-membros.

As políticas empreendidas pela União Europeia decorrem de minuciosos relatórios em que se baseiam as comunicações dirigidas ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité das Regiões e ao Comité Económico e Social Europeu. E correspondem a modelos que aos Estados-membros cumpre seguir.

2. A Comunicação da Comissão Europeia COM (2012) 225 final

A Comunicação que precede o plano ora instituído - e que a seguir se enuncia - versa sobre um leque de opções que de todo importará realçar.

Plasmaremos neste passo um trecho de um artigo nosso, decalcado da Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, supra referenciada, que a lume veio na Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, ora em distribuição (Junho de 2013), a saber:

Eis, de forma sintética, os principais eixos da política europeia:

1. Segurança de produtos e serviços, com uma peculiar intervenção no segmento ou na vertente da segurança alimentar;
2. Modificações no tecido económico-social;
 - 2.1. Revolução digital;
 - 2.2. Consumo sustentável;
 - 2.3. Exclusão social, consumidores hipervulneráveis, vulneráveis e acessibilidades.
3. Sobrecarga de informação - défice de conhecimentos - em detrimento do consumidor: informação em excesso equivale, em rigor, a informação nenhuma [...]
4. Direitos que, na prática, não são plenamente cumpridos, fasia que importa superar em ordem a um integral respeito pelo estatuto do consumidor.
5. Desafios específicos em setores-chave.

E, neste particular, seguimos de perto a comunicação emanada em maio de 2012 da Comissão Europeia, que faz uma adequada radiografia às insuficiências e às deficiências detectadas no seio da União Europeia sob o tema das políticas de consumidores.

Determinados setores revestem-se de peculiar relevância em tempos de crise económica, tanto mais que afetam profundamente os

interesses básicos dos consumidores no que tange a bens e serviços essenciais, como:

- . a alimentação;
- . a energia;
- . os transportes públicos;
- . as comunicações eletrônicas; e
- . os serviços financeiros.

Há que contar com a incidência das alterações econômicas e sociais sobre tais setores primaciais.

À UE cumpre curar em particular do modo como atualmente os consumidores se apercebem e escolhem os diversos serviços financeiros. Tecnologias, como as do telebanco, facilitam a vida dos consumidores. Porém, a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (em que a própria poupança-reforma se inclui) exigem um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira.

As comissões exigidas pelos serviços financeiros de base são geralmente opacas e os consumidores continuam a ser dissuadidos a não mudar de banco dado recearem (muitas vezes justificadamente...) que tal solução será sempre mais onerosa.

Os consumidores não retiram, em geral, pleno proveito da liberalização das indústrias de rede, como a energia, os transportes e as comunicações eletrônicas, seja nos preços seja nos níveis de qualidade do serviço.

A liberalização do setor dos transportes, em especial, estimulou a concorrência, beneficiando um número cada vez maior de cidadãos que circulam pela Europa.

Mas é indispensável tornar exequível, efetiva, a carta de direitos dos passageiros na UE, aplicando-a em plenitude, por forma a opor eficazmente os meios de defesa contra práticas desleais e violações extremas do direito da UE em vigor.

O impacto decisivo da revolução digital no domínio das viagens aponta para a importância de uma maior adequação entre os direitos dos consumidores e os objetivos imbricados no seu exercício.

Os mercados da eletricidade e do gás, no segmento dos consumidores domésticos, recentemente sujeitos à concorrência, permanecem com uma incógnita, já que muitos consumidores continuam a considerar difíceis as comparações, devido aos procedimentos complicados e/ou às condições de mercado verdadeiramente opacas a que se assiste.

No que toca à energia, estima-se que os agregados familiares na UE poderiam economizar, em média, até 1.000 €/ano, através de simples medidas de eficiência, tais como o isolamento das casas, instalação

de termóstatos e painéis solares para aquecimento da água, montagem de vidros duplos nas janelas e substituição de sistemas de aquecimento antigos em razão dos consumos excessivos.

Mas dúvidas e ignorância obstam a que tais objetivos se persigam.

Por conseguinte, os agregados familiares dispõem de um potencial significativo de poupança energética em condições economicamente rendíveis e de melhoria da eficiência no consumo final da energia. Esse potencial, porém, está longe de ser plenamente explorado, principalmente devido ao facto de os utilizadores não conhecerem o seu próprio consumo real nem disporem de dados claros e facilmente acessíveis no que se prende com a contagem e a faturação do consumo efectivo observado.

Embora os mercados das comunicações eletrónicas hajam provado a sua resistência à crise económica, os consumidores não retiram vantagens da concorrência, em razão da ausência de transparência das tarifas, à deficiente qualidade dos serviços e aos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor.

Estima-se que no futuro haja um aumento da pressão ambiental global decorrente do consumo alimentar, devido, por exemplo, às alterações dos hábitos alimentares e ao acréscimo dos resíduos alimentares; prevê-se que tal acréscimo afete a Europa nos próximos anos e se traduza em um desperdício manifesto de recursos e de divisas.

No entanto, ponto é que não subsistam dúvidas: a política europeia, na sua transposição para os espaços próprios de cada um dos Estados-membros, não terá uma aplicação nem homogénea, menos ainda uniforme. Dependerá da propensão com que se perspectivar em cada um dos espaços geográficos a necessidade de prover em tais domínios.

Estados-membros haverá em que se conferirá menor expressão a tal política. Como é o caso de Estados-membros da periferia, em que Portugal e alguns dos países saídos da Cortina de ferro figuram naturalmente.

Outros em que se reforçarão os ímpetus, em razão do peso específico das instituições da sociedade civil (mais estruturada, mais exigente, mais criteriosa) e das pressões exercidas sobre as paredes do sistema.

Capítulo II: Tipos de acções constantes do plano de acção

Listar-se-ão os objectivos que se compendiam no plano actualmente em vigor, que se espera supere as inerentes dificuldades à crise que assola considerável número de Estados-membros da União Europeia e que poderá condicionar consideravelmente as políticas a empreender sob tal consigna.

Como objectivos, na hierarquização pretendida, avulta em primeiro lugar a segurança em múltiplos segmentos.

Depois, decisiva aposta na informação e na educação e formação para o consumo, de que tanto se fala e tão pouco se faz em países como Portugal, de costas voltadas para domínios tais.

Não se olvide que Portugal dispõe - na sua Lei-Quadro de Defesa do Consumidor - de dois dispositivos que constituem autênticos programas em matéria de educação e informação para o consumo.

Importa, neste particular, conferir tais normas, votadas ao descaso, aliás, na menorização das políticas de consumidores que constituem, quantas vezes, algo hostil aos poderes constituídos, por estranho que pareça:

No que tange à educação aprecie-se o teor do artigo subsequente:

Artigo 6º

Direito à formação e à educação

1 - Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 - Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

- a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;
- b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;
- c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
- d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 - Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 - Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

No que se prende com o sensível e estruturante domínio da informação, o artigo 7º, como segue:

Artigo 7º

Direito à informação em geral

1 - Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

- a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;
 - b) Criação de serviços municipais de informação ao consumidor;
 - c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;
 - d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;
 - e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.
- 2 - O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.
- 3 - A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.
- [...]

Claro que da “lei no jornal oficial à lei no quotidiano” pode distar um abismo e é o que ocorre, neste aspecto, sobretudo em Portugal, onde os agentes políticos e os da administração pública se mostram arredios a conferir praticidade às normas.

Deploravelmente! Lamentavelmente!

Em seguida, marcante preocupação se imprime, a saber, a da efectivação dos direitos, a reparação dos danos causados na esfera dos consumidores e as vias de acesso a estruturas que dirimam conflitos de modo acessível e pronto (justiça célere, segura, eficaz e graciosa ou, ao menos, não onerosa, como se vem reclamando desde sempre).

E, por fim, o reforço da rede de cooperação transnacional (nas fronteiras exteriores delimitadas pelos Estados-membros que constituem a União Europeia) de molde a que a aplicação em concreto do acervo normativo não padeça de soluções de continuidade.

Objectivo I

Segurança: consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a União Europeia.

1. Aconselhamento científico e análise dos riscos para a saúde e a segurança dos consumidores no domínio dos produtos e serviços não alimentares.

Apoio às tarefas dos comités científicos independentes criados pela Decisão 2004/210/CE da Comissão Europeia com intervenção no domínio da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente.

2. Coordenação das acções de fiscalização do mercado e de aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos decorrente Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e das acções destinadas a melhorar a segurança dos serviços aos consumidores:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos sobre os riscos e a aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos;

(c) intercâmbio de quadros responsáveis pela aplicação da legislação e formação;

(d) acções de cooperação específicas no domínio da segurança dos produtos e serviços não alimentares, nos termos da Directiva 2001/95/CE;

(e) monitorização e avaliação da segurança dos produtos e serviços não alimentares, incluindo a criação de uma base de informações para o estabelecimento de normas futuras ou a definição de outros critérios de referência para a segurança;

(f) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros;

(g) suporte a organismos reconhecidos pela legislação da União responsáveis pela coordenação das acções dos Estados-Membros em matéria de aplicação da legislação.

3. Manutenção e desenvolvimento das bases de dados sobre produtos cosméticos

(a) manutenção do portal de notificação de produtos cosméticos criado ao abrigo do Regulamento (CE) n° 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativo aos produtos cosméticos;

(b) manutenção da base de dados sobre os ingredientes dos produtos cosméticos, no contexto da aplicação do Regulamento (CE) n° 1223/2009.

Objectivo II

Informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores.

4. Criação de uma base de informações para a elaboração de políticas em domínios que afectam os consumidores

Criar uma base de informações para o desenvolvimento da política dos consumidores e para a integração dos interesses dos consumidores noutras políticas da União, nomeadamente através de:

(a) estudos e análises sobre os consumidores e os mercados de consumo à escala da União;

(b) desenvolvimento e manutenção de bases de dados;

(c) desenvolvimento e análise de estatísticas nacionais e de outros dados pertinentes. A recolha de dados e de indicadores nacionais sobre os preços, as reclamações, a aplicação da legislação, a reparação, etc., será efectuada em colaboração com as partes interessadas no plano nacional.

5. Apoio às instituições de consumidores

(a) contribuições financeiras para o funcionamento das instituições de consumidores que representem os interesses dos consumidores à escala da União;

(b) reforço da capacidade das instituições de consumidores regionais, nacionais e europeias, nomeadamente através de acções de formação e do intercâmbio de boas práticas e de conhecimentos especializados para os seus corpos e quadros, em especial instituições de consumidores dos Estados-membros em que a monitorização dos mercados de consumo e do ambiente de consumo demonstre existir um nível relativamente baixo de confiança e sensibilização dos consumidores;

(c) suporte de organismos internacionais que promovam princípios e políticas coerentes com os objectivos do Programa ora delineado.

6. Reforço da transparência dos mercados de consumo e da informação aos consumidores

(a) campanhas de sensibilização sobre questões que afectam os consumidores, designadamente através de acções conjuntas com os Estados-membros;

(b) acções que reforcem a transparência dos mercados de consumo, no domínio, por exemplo, dos produtos financeiros de retalho, da energia, das tecnologias digitais e de telecomunicações e dos transportes;

(c) acções destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação pertinente sobre produtos e mercados;

(d) acções destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação sobre o consumo sustentável de bens e serviços;

(e) suporte de eventos centrados na política dos consumidores da União organizados pela Presidência da União Europeia sobre determinadas questões, em conformidade com as prioridades políticas estabelecidas;

(f) contribuições financeiras para os organismos nacionais de tratamento e gestão de reclamações dos consumidores, a fim de auxiliá-los mediante a utilização de uma metodologia harmonizada para a classificação e comunicação de tais reclamações e dos pedidos de informação dos consumidores;

(g) apoio a organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços/qualidade/sustentabilidade dos produtos;

(h) apoio à comunicação pertinente aos interesses e direitos dos consumidores, nomeadamente pelo suporte dos meios de comunicação social que visem promover a capacitação dos consumidores e a aplicação da legislação neste domínio.

7. Incremento da educação dos consumidores

(a) desenvolvimento de uma plataforma interactiva para o intercâmbio de melhores práticas e de materiais didácticos em matéria de educação do consumidor dirigidos aos principais grupos-alvo, designadamente os jovens consumidores, em sinergia com o programa de financiamento europeu em matéria de educação e formação;

(b) elaboração de medidas e materiais relativos, por exemplo, aos direitos dos consumidores - incluindo as questões transfronteiras -, à saúde e à segurança, à legislação da União Europeia no que tange ao consumo em geral, ao consumo sustentável, em particular, e à literacia financeira.

Objectivo III

Direitos e reparação: consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da acção regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo os mecanismos de resolução alternativa de litígios.

8. Preparação, avaliação da transposição, monitorização, avaliação, execução e controlo da aplicação, pelos Estados-membros, de iniciativas legislativas e regulamentares para a defesa do consumidor e promoção de iniciativas de co-regulação e auto-regulação, nomeadamente:

(a) estudos, avaliações *ex ante* e *ex post*, avaliações de impacto, consultas públicas, avaliação da legislação existente;

(b) seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos;

(c) desenvolvimento e manutenção de bases de dados públicas e facilmente acessíveis que abrangem a aplicação da legislação da União em matéria de defesa do consumidor;

(d) avaliação das acções desenvolvidas no âmbito do Programa ora estabelecido.

9. Propiciar o acesso e monitorizar o funcionamento e a eficácia dos mecanismos de resolução de litígios de consumo, em particular os sistemas alternativos de resolução de litígios, incluindo os que funcionam em linha, inclusivamente através do desenvolvimento e da manutenção de ferramentas informáticas de manifesta utilidade

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas;

(b) apoio ao desenvolvimento e à manutenção de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União, incluindo o que respeita a serviços conexos, como a tradução.

Objectivo IV

Aplicação da legislação: reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores.

10. Coordenação das acções de fiscalização e de controlo da aplicação das prescrições do Regulamento (CE) n° 2006/2004, de 27 de Outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, em que se inclui:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (v.g., bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) acções destinadas a melhorar a cooperação entre as autoridades e a coordenação das actividades de monitorização e de aplicação da legislação, tais como o intercâmbio de quadros responsáveis por essa aplicação, as actividades comuns e as acções de formação para tais quadros e magistrados;

(c) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos em matéria de aplicação da legislação;

(d) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros que não participam no Programa.

11. Contribuições financeiras para acções conjuntas com organismos públicos ou sem fins lucrativos que constituam redes da União de prestação de informação e assistência aos consumidores com o objectivo de ajudá-los a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios, incluindo os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios em linha (a Rede de Centros Europeus do Consumidor),

Nomeadamente, o desenvolvimento e a manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação) necessárias ao bom funcionamento da Rede de Centros Europeus do Consumidor.

Esta lista pode ser completada com medidas adicionais do mesmo género e com o mesmo impacto, em conformidade com os objectivos específicos plasmados na lei.

Plano de acção 2007/2013

Anexo I

Hipóteses de áreas e temas da Política onde as sinergias com as políticas de saúde e consumidores se mostram susceptíveis de um largo desenvolvimento

Políticas	Temas e Programas
Segurança na cadeia alimentar	Rotulagem, mecanismos de alerta, inspecção e controlo; Sinergias com investigação, transporte, ambiente, agricultura, educação, acções em nutrição.

Política Social	<p>Agenda de Políticas;</p> <p>Benefícios da segurança social: Regulamento 1.408/1971 e regulamentações próximas; Carta Europeia de Segurança de Saúde; Protecção Social: <i>open method</i> e de coordenação de Cuidados de Saúde e Cuidados de Serviços a longo prazo (no quadro da OMC - Inclusão Social e Protecção); Projectos do Fundo Social Europeu para a preparação de Profissionais de Saúde Social e Serviços de Interesse Geral, Saúde e Segurança no Trabalho.</p>
Investigação	<p>Investigação em saúde e consumidores no VII Programa de investigação (tema investigação para a saúde do FP7); Cooperação restrita a ser estabelecida com o programa de investigação, em particular - como perspectivas dos seguintes estádios do Programa de Saúde e Consumidores:</p> <p>- “promover a saúde pelos seus determinantes”, prevenir doenças e agressões (incluindo investigação sobre doenças infecciosas), sinergias entre os sistemas nacionais de saúde.</p>
Ambiente	<p>Plano de Acção Ambiente e Saúde 2004-2010 e Plano de Acção Sanitária (aplicações electrónicas, conferências electrónicas sobre saúde).</p>
Sociedade da Informação e Media	<p>e-comunicação e direitos dos consumidores (serviços de interesse geral);</p> <p>e-inclusão e cidadania - 2010 - Uma Sociedade Europeia para a Informação, para o Desenvolvimento e Emprego;</p> <p>e-acessibilidade (Actividades de Política e Investimento).</p>
Política Regional	<p>Fundo de Solidariedade;</p> <p>Uma nova convergência objectiva 2007-13 para a saúde sob os fundos estruturais;</p> <p>A saúde como um condutor para o desenvolvimento regional e projectos de infraestruturas sanitárias.</p>
Política Económica	<p>Trabalhos sobre projecções orçamentais de longo prazo de custos dos cuidados de saúde;</p> <p>Trabalhos com a OCDE em estudos de saúde;</p> <p>Quadros macroeconómicos que afectam a conferência dos consumidores;</p> <p>Políticas de saúde e consumidores como condutores de competências.</p>
Política Empresarial	<p>Acompanhamento do processo de fármacos G10 e a implementação das recomendações do G10;</p> <p>Acção conjunta médico-farmacêutica nas bulas;</p> <p>REACH;</p> <p>Segurança pedestre;</p> <p>Cosméticos;</p> <p>Interesses dos consumidores nos processos de normalização.</p>

Mercado Interno	Serviços no Mercado Interno; Reconhecimento das qualificações profissionais; Seguros de saúde; Serviços financeiros; Serviços postais; Serviços de interesse geral; Dados sobre consumidores no mercado interno; Desfavor aos consumidores; Directiva do comércio electrónico.
Transporte	Programa Europeu de Acção de Segurança Rodoviária; Transporte de Produtos Perigosos; Direitos dos Passageiros.
Energia	Política de protecção contra radiações; Liberalização, direitos dos consumidores e segurança.
Concorrência	Mercado de Serviços de Saúde; Brindes aos consumidores.
Comércio	Posição dos serviços de saúde no seio das negociações do comércio; Viagens, medicamentos anti-retrovirais e comércio de produtos de tabaco; Integração de perspectivas do consumidor na OMC, incluindo os diálogos sobre os Regulamentos do GAT.
Política Externa	Cooperação com os países vizinhos.
Desenvolvimento e Políticas de Ajuda	Ações de combate à HIV/SIDA, malária e tuberculose (acção externa); Deficiências de saúde pessoal nos países desenvolvidos; Promoção de acções da sociedade civil.
Alargamento	Promoção da convergência com o <i>acquis</i> da U. E. em matéria de saúde e protecção do consumidor; Promoção da coesão económica e social; Reforço das administrações públicas e instituições nos campos da saúde e protecção do consumidor.
Taxas e Direitos Aduaneiros	Taxas e direitos sobre produtos específicos relevantes para a saúde e consumidores; Políticas aduaneiras (assegurando provisões sobre saúde e segurança de produtos oriundos de países terceiros).
Agricultura	Política de qualidade; Programas de extensão e desenvolvimento rural.
Educação / Cultura	Programas de juventude, promoção desportiva e de actividade física; Formação permanente, educação para o consumo.

Justiça, Liberdade e Segurança	Acesso à justiça; Direito Internacional Privado e Mediação; Acção sobre Prevenção de Drogas: Estratégia Europeia das Drogas (2005-2012) e o Plano de Acção sobre Drogas (2005-2008); Despertar os consumidores para os riscos de crimes associados a produtos e serviços (crimes impermeáveis); Bio-terrorismo; Tráfico de órgãos humanos; Protecção de dados.
--------------------------------	--

Políticas Horizontais

- Melhor regulamentação;
- Estratégia de comunicação da UE;
- Serviços de interesse geral.

Plano de acção 2007/2013

Anexo II: Política de consumidores - Acções e medidas de apoio

Objectivo I

Melhor compreensão dos consumidores e dos mercados.

Acção 1

Perseguir e avaliar a evolução dos mercados e seus efeitos, nos interesses económicos e de outra índole dos consumidores, aí cabendo os inquéritos de preços, o inventário e a análise das reclamações deduzidas pelos consumidores, a análise das estratégias mercadológicas transfronteiriças e das aquisições efectuadas pelos consumidores e bem assim a evolução estrutural dos mercados.

Acção 2

Recolha e permuta de dados e informações susceptíveis de fornecer adequada base de conhecimentos em vista da elaboração da política de consumidores e da integração dos seus interesses económicos nas demais políticas encetadas pela União Europeia.

Nas acções previstas neste passo incluem-se:

- inquéritos às atitudes dos consumidores e das empresas;
- trabalhos de investigação consagrados aos consumidores e, de forma mais geral,

- aos mercados no domínio dos serviços financeiros, assim como
- a recolha e a análise de dados estatísticos e demais dados pertinentes, cujo elemento estatístico se desenvolverá na base do programa estatístico comunitário, se necessário for.

Acção 3

Recolha, permuta e análise de dados e disponibilização de instrumentos de avaliação susceptíveis de fornecer uma base de conhecimentos científicos que respeitem a exposição dos consumidores a substâncias químicas libertadas.

Objectivo II

Melhor regulamentar a protecção dos consumidores.

Acção 4

Desencadeamento de iniciativas legislativas, regulamentares e de outra natureza e promoção de iniciativas autorregulatórias, nelas se abrangendo:

- a análise comparativa dos mercados e dos sistemas regulamentares;
- a perícia jurídica e técnica em ordem à definição da política atinente à segurança dos serviços;
- a perícia técnica em vista da avaliação de normas de segurança de produtos e da outorga de mandatos de normalização ao CEN em matéria de produtos e serviços;
- a perícia jurídica e técnica em vista da definição da política centrada em torno dos interesses económicos dos consumidores;
- jornadas que reúnam os partícipes do processo e os peritos.

Objectivo III

Aperfeiçoar a aplicação da legislação, o processo e o acesso à administração da justiça.

Acção 5

Coordenação das acções de verificação da aplicabilidade das leis que à protecção dos consumidores se reportam.

Na acção projectada se inserem:

- o desenvolvimento e a outorga de instrumentos gerados no seio das tecnologias de informação, *v. g.*, bases de dados, sistemas de informação e de comunicação;

- a realização de acções de formação, de seminários, de conferências em torno da aplicabilidade da legislação;

- a programação e a elaboração de acções conjuntas no que tangue à verificação do cumprimento da legislação e sua eficácia para prevenir as situações que visa disciplinar;

- experiências-piloto no que se refere à legislação em vigor;

- a análise dos problemas suscitados pelo cumprimento ou incumprimento das legislações e soluções quadráveis às situações ocorrentes.

Acção 6

Financiamento das actividades específicas comuns de verificação e controlo da legislação em vista de um reforço qualitativo da cooperação em matéria de administração e de domínio da legislação segregada pela União Europeia no quadro da protecção de consumidores.

No congenho assinalado, realce para a directiva que rege no particular da segurança geral de produtos (Directiva nº 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro de 2001) e de outras acções susceptíveis de se inscrever no contexto da cooperação administrativa.

Acção 7

Perseguir e avaliar a segurança de produtos não alimentares e dos serviços.

No domínio de que se cura, realce para:

- o reforço e a extensão do campo de aplicação e de funcionamento do sistema de alerta RAPEX, haja em vista as modificações ocorridas na permuta de informações ligadas à vigilância do mercado;

- a análise técnica das notificações de alerta;

- a recolha e a avaliação dos dados sobre os riscos que produtos e serviços específicos usados pelos consumidores representam;

- a prossecução do desenvolvimento da rede sobre a segurança de produtos de consumo, tal como a directiva aplicável o prevê.

Acção 8

Perseguir o funcionamento e a avaliação do impacto dos sistemas de resolução extrajudicial dos litígios de consumo.

Acção 9

Perseguir a transposição e a aplicação pelos Estados-membros da legislação de protecção dos consumidores e, designadamente, da directiva das práticas comerciais desleais, assim como das políticas nacionais de protecção dos consumidores.

Acção 10

Atribuição de perícias técnico-jurídicas específicas às associações de consumidores, a fim de prover à sua contribuição para as acções de vigilância e de verificação da aplicação da legislação pertinente.

Objectivo IV

Melhorar a informação e a educação dos consumidores para responsabilizá-los.

Acção 11

Edificar e manter actualizadas bases de dados públicas, e facilmente acessíveis, que versem sobre a aplicação da legislação comunitária de protecção dos consumidores e da jurisprudência a tal propósito lavrada.

Acção 12

Acções de informação em tema de medidas de protecção dos consumidores, designadamente nos novos Estados-membros, em cooperação com as associações de consumidores.

Acção 13

A educação dos consumidores, nela se incluindo as acções dirigidas aos jovens consumidores e a construção de instrumentos pedagógicos interactivos em sua intenção.

Acção 14

Representação dos interesses dos consumidores da União nos areópagos internacionais: organismos internacionais de normalização e organizações de comércio internacionais.

Acção 15

Formação do pessoal dos quadros das associações de consumidores regionais, nacionais e europeias, e outras acções susceptíveis de incrementar ou reforçar as suas competências.

Acção 16

Financiamento de acções conjuntas de instituições públicas ou privadas com vocação altruística ou não egoística que se constituam em redes na União Europeia e forneçam informação e assistência aos consumidores para os auxiliar a exercer os seus direitos e a aceder a um sistema apropriado de resolução de litígios (a rede dos centros europeus de consumidores).

Acção 17

Financiamento com vista ao funcionamento das associações europeias de consumidores que representem os seus interesses aquando da elaboração das normas relativas aos produtos e a serviços à escala europeia.

Acção 18

Financiamento ao funcionamento das associações europeias de consumidores.

Acção 19

Dotação de uma perícia técnica e jurídica específica às associações de consumidores, de molde a suportar a sua participação e contribuição nos processos de consulta em iniciativas legislativas e não legislativas da União Europeia nos domínios das acções que lhes respeitem, como a política do mercado interno, serviços de interesse geral e o programa-quadro decenal por uma produção e um consumo duráveis.

ACÇÃO COMUM A TODOS OS OBJECTIVOS**Acção 20**

Financiamento de projectos comunitários ou nacionais específicos em vista da realização de outros objectivos da política de consumidores.

Anexo III: A Agência executiva com vocação para o Programa de Saúde e dos Consumidores

De molde a implementar o programa conjunto de Saúde e Consumidores, a Comissão será assistida por uma simples agência executiva, que consistirá em uma versão alargada da Agência executiva do Programa de Saúde Pública de molde a comportar uma outra estrutura que se designa como “Instituto Europeu do Consumidor”.

Para tal fim, a Comissão proporá a alteração da Decisão CE 2004/858, de 15 de Dezembro de 2004, que criou a Agência executiva para o Programa da Saúde Pública em ordem a alargar o seu objecto de acção e a suportar a operação de todo um programa conjunto de acção.

Sem prejuízo de, na futura decisão, se encarar a faculdade de a agência se fundar em dois “departamentos”: o Departamento de Saúde e o “Instituto do Consumidor”.

Acções comuns devem ser empreendidas por ambos os departamentos.

O objectivo da acção da Agência executiva do Programa de Saúde Pública, criada pela Decisão 2004/858, é limitado a “implementar acções que respeitem à ajuda da Comunidade sob o programa, excepto a avaliação programática, a monitorização da legislação ou quaisquer outras acções que permanecerão sob exclusiva competência da Comissão”. Em particular, a Agência gere específicos projectos e garante e provê “ao suporte logístico, científico e técnico, em particular através da organização de encontros, estudos preparatórios, seminários e conferências”.

O “Instituto Europeu do Consumidor” considera-se como suporte da Comissão ao carrear o “*apport*” administrativo e financeiro de todas as acções inerentes às políticas de consumidores perspectivadas na Estratégia da Saúde e Protecção do Consumidor.

POSFÁCIO

A presente obra *Relações de Consumo* com ênfase em Políticas Públicas, que traz a amplitude de ser uma edição internacional, é a sexta edição da coletânea sobre relações de consumo, que os organizadores vêm realizando dentro do convênio assinado pelo PROCON/Caxias do Sul e pela Universidade de Caxias do Sul.

Os organizadores sentem-se orgulhosos de entregar à comunidade jurídico-científica e à sociedade em geral, mais este livro que vem assinado por colaboradores de cinco países - Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal.

O livro manteve o tema geral das demais obras - Relações de Consumo -, porém, a ênfase arquitetada nesta foi “políticas públicas”, o que possibilitou que fossem desenvolvidos temas variados, vislumbrando o interesse do consumidor enquanto coletividade.

A internacionalização, elemento diferencial que se introduziu no presente trabalho, permitiu que os organizadores, por intermédio dos colaboradores, trouxessem à discussão ideias de sociedades e âmbitos jurídicos diferenciados. Essa construção, desenhada no multiculturalismo social e jurídico, certamente possibilitará ao investigador material profícuo para as suas pesquisas, agora tanto em âmbito nacional quanto internacional.

É no espírito da já velha ideia de “aldeia global”, termo criado pelo filósofo canadense Herbert Marshall McLuhan e popularizado em sua obra “A Galáxia de Gutenberg” é trazida para o presente livro. A interligação do mundo por meio da tecnologia, e consequente interligação de ideias, pensamentos, normas jurídicas e princípios foi o mote que levou os organizadores ao trabalho de possibilitar, neste livro, a união de pensamentos de cinco países sobre o tema proposto.

Por derradeiro, os organizadores deste livro não podem deixar de agradecer a todos os colaboradores que assinaram os capítulos, pois, indiscutivelmente, sem eles esta obra não estaria sendo entregue à comunidade acadêmica. Nossos agradecimentos aos coparticipantes e o convite a todos os aficionados pelo tema para o desenvolvimento de suas pesquisas ou, até mesmo, à simples leitura da obra.



Diagramação e sistematização.

Fone: 54-3733-7447

plenum@plenum.com.br

www.plenum.com.br

Emir López Badillo

Ana Paula Atz

Armando Meraz Castillo

Rogério Silva

Mário Frota

Álvaro Sánchez Bravo

Leonel Severo Rocha

Selmar José Maia

Cleide Calgareo

Uma obra de aspiração própria dos tempos de mundialização, a reconhecer seus fenômenos latentes reveladores de um entrelaçamento paradoxal a comportar parâmetros ambíguos, próprios de uma conveniência deliberada, simples inércia ou repúdio. Nessa esteira, acaba por prestigiar a troca de identidades e pertenças entre os fluxos locais e o contexto maior, a reconhecer o livre trânsito de temas transversais e universais. Um livro de cinco países para o mundo, de concretude para e nos espaços locais.

Enrique Uribe Arzate

Luiz Fernando Del Rio Horn

Têmis Limberger

Henrique Mioranza Koppe Pereira

Laise Graff

Rafael Lazzarotto Simioni

Francesco Bilancia

Alejandra Flores Martínez

Agostinho Oli Koppe Pereira

 **UCS**
UNIVERSIDADE
DE CAXIAS DO SUL


Procon
Caxias do Sul


Prefeitura de
Caxias
do Sul, do PA e do Trabalho

ISBN 978-85-88512-66-5



9 788588 512665