

O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO CONSEQUÊNCIA DA RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO CONSTITUCIONAL

André Pinheiro Cruz

THE CONSUMER PROTECTION AS A CONSEQUENCE
OF THE CONSTITUTIONAL DISCOURSE RECONSTRUCTION

RESUMO

Os conceitos de identidade e sujeito constitucional, assim como o debate quanto à reconstrução do discurso constitucional e a atribuição de sentidos aos direitos fundamentais, são temas de necessária abordagem crítica. A discussão aqui travada é de como essa reflexão pode ser transportada para o entendimento sobre o público e o privado, o que serviu de pano de fundo para a criação do Direito do Consumidor. Neste artigo, são abordados aspectos técnicos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, no intuito de reconstrução de sentidos. Afinal, como todo ramo do conhecimento, o direito é um construir, e o seu constante debate e discussão levam ao reconhecimento de identidade do cidadão para com a regra que lhe rege. Para tanto, são utilizadas teorias de Habermas, Rosenfeld, Lacan, bem como levantamentos bibliográficos sobre o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

» **PALAVRAS-CHAVE:** IDENTIDADE CONSTITUCIONAL. SUJEITO CONSTITUCIONAL. DISCURSO CONSTITUCIONAL. PÚBLICO-PRIVADO. DIREITO DO CONSUMIDOR.

ABSTRACT

The concepts of Identity and Constitutional Subject, as the debate on the reconstruction of constitutional discourse and assigning meanings to Fundamental Rights are themes of necessary critical approach. The discussion here waged is about how this reflection can be transported to the understanding of the public and the private, which served as the background for the creation of the Consumer Law. In this article, technical aspects of the Brazilian Consumer Protection Code are analyzed, aiming a reconstruction of meanings. After all, as every branch of knowledge, the Law is a building and its constant debate and discussion leads to the recognition of identity of the citizen towards the rule that governs him. For this, theories of Habermas, Rosenfeld, Lacan are discussed, and also literature of the Brazilian Consumer Protection Code.

» **KEYWORDS:** CONSTITUTIONAL IDENTITY. CONSTITUTIONAL SUBJECT. CONSTITUTIONAL DISCOURSE. CONSUMER LAW.

INTRODUÇÃO

O sujeito constitucional, carente e incompleto, surge do encontro do eu com o outro e encontra, no discurso constitucional, a possibilidade de construção de uma narrativa coerente. Nesta, pode-se localizar uma autoidentidade plausível.

O sujeito constitucional, que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que esqueça a sua identidade através do *medium* de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula, unifica, o multifacetado eu constitucional aos seus múltiplos outros. (ROSENFELD, 1995, p.11).

Esse trecho, retirado do texto “A Identidade do Sujeito Constitucional”, de Michel Rosenfeld, talvez seja o que mais ilustra a dificuldade apontada em relação à construção da identidade constitucional. Por isso, a

necessária reflexão sobre este trecho. O retorno a esse recorte ocorrerá durante a exposição dos argumentos. Aqui, a pretensão é fazer uma abordagem crítica sobre os conceitos apresentados nesta citação e incitar o debate quanto à reconstrução do discurso constitucional e à atribuição de sentidos aos famigerados direitos fundamentais. Além disso, interpretar como essa conjectura pode ser aportada na evolução do discurso constitucional e aparecer como pano de fundo para a criação do direito do consumidor.

Nesse ponto, importante salientar a ligação existente entre o surgimento do direito do consumidor e a evolução dos direitos fundamentais. A reflexão sobre a construção e reconstrução do discurso constitucional é imperativa, o que nos possibilita um vislumbre da identidade constitucional e, mais ainda, uma imagem definida a partir de sua reconstrução. A identidade do sujeito constitucional traz o foco da dificuldade de enxergar a si próprio como indivíduo e como isso se reflete nos diversos campos do conhecimento. No Direito, não é diferente. Há sempre um construir. Essa dependência de reconstrução formou uma releitura dos direitos fundamentais ao longo do tempo e isso culminou na percepção de um direito do consumidor que foge à dicotomia público-privado clássica, como será observado na exposição, mormente quanto ao fluxo transitório de paradigmas.

Há, em realidade, uma nova atribuição de sentido aos conceitos de liberdade e igualdade, nos quais o público e o privado não podem estar virados de costas um ao outro, a não ser que seja para revelar as faces da mesma moeda. O público não pode mais ser observado como unicamente estatal, e o privado não mais pode ser visto como egoísmo, baseado na individualidade e privacidade da vida doméstica. Nesse sentido, nascem novas perspectivas de enfrentamento das questões relacionadas ao âmbito público e privado. Mais especificamente, no Direito, surgem ramos como o direito ambiental, as teorias dialógicas constitucionais e, objeto deste artigo, o direito do consumidor. A intenção é elucubrar sobre o cenário político-social que possibilitou o surgimento desses ramos do Direito. Repensar sobre o pano de fundo cultural que se estabeleceu para a imagem de um direito do consumidor plausível. Mas, inicialmente, necessário entender sobre constitucionalismo e democracia, bem como sobre perspectivas de autoconhecimento individual e interpessoal.

1 CONSTITUCIONALISMO E ETNONACIONALISMO

Como bem salientado por Rosenfeld, o constitucionalismo não encontra guarida se não houver pluralismo. Isso porque, em uma nação homogênea, fundada em uma igualdade segregacionista, não há razão nenhuma para haver constitucionalismo. Ora, se todos pensam igual, e a homogeneidade é basilar ao funcionamento da dinâmica social, é antitético pensar em conflitos para serem resolvidos.

A ideia do etnonacionalismo, a qual encontrou guarida no pensamento de Carl Schmitt (*apud* HABERMAS, 2002, p. 153), chama atenção. Para ele, a consciência coletiva nasce da similitude parental, seja de sangue ou de identidade cultural, fundada na consciência de um “nós” de pessoas

que se identificam por meio do compartilhamento de uma origem comum, o que os diferenciam daqueles que estão ao redor. Se o que é normal é a homogeneização propagada nas comunidades etnonacionalistas, não há sentido em identificar conflitos e buscar soluções dentro das perspectivas democráticas pluralistas.

Contudo, essa concepção de nação vai apresentar diversas dificuldades, principalmente relacionadas à não aceitação da diversidade, à não coexistência das disparidades. Nessa conjuntura, não há possibilidade de os concidadãos serem iguais na diferença. É claro que, como salienta Bockenforde, citado por Habermas (2002, p. 151), há de haver uma relativa homogeneização em uma cultura comum, mas isso deve ocorrer a partir do processo democrático de elaboração normativa e não da eliminação do pensamento divergente.

A história nos diz que, quando prevalece a homogeneização, o comum é ser seguida por uma limpeza étnica, com políticas de repressão e de assimilação coercitiva, com a infeliz necessidade de se alcançar a preservação da “pureza” de um povo. Foi o que aconteceu na Alemanha nazista, cenário intelectual de Schmitt. Isso não pode prosperar. São Estados que surgem da opressão, marginalização e subjugação de povos considerados inferiores ou simplesmente o “eles” e não o “nós”.

O conceito clássico de nação (LÜBBE *apud* HABERMAS, 2002, p. 152) nos apresenta como o povo de um Estado, albergado por uma constituição democrática, o qual se reconhece como tal e se vê obrigado pelo texto. Essa visão oitocentista, se confrontada com as noções do século posterior, encaminhará a percepção de que somente o povo que se identifica com um texto constitucional não é suficiente para definir o conceito de nação. Agrega-se a esse processo de institucionalização do povo o fato de a identidade ser algo pré-constitucional, anterior à vida política, histórico.

Essa amálgama de fatores faz com que o constitucionalismo possua muitos obstáculos de ordem teórica e prática. Mas há detalhes que são necessários para a sua conformação atual. O multiculturalismo, a diversidade, o pluralismo, a igualdade na diferença.

O multiculturalismo, ao mesmo tempo que apoia a perpetuação de vários grupos culturais dentro de uma mesma sociedade política, também requer a existência de uma cultura comum... Membros de todos os grupos culturais... terão de adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para serem capazes de participar eficientemente na competição por recursos e na proteção dos interesses do grupo, assim como dos interesses individuais em meio a uma arena política compartilhada. (RAZ *apud* HABERMAS, 2002, p. 167).

Porém, esse constitucionalismo não nasce da noite para o dia. Como uma dificuldade que surge do óbvio, o constitucionalismo absorve diversas compreensões que não necessariamente alcançam o mesmo destino. Uma delas está relacionada ao sujeito constitucional, o qual está em permanente mutação, e a atribuição de sentido que se dá ao seu conteúdo necessita de perene reconstrução. É o que a citação inicial diz, porém há de se notar as entrelinhas de seu texto.

O sujeito constitucional emerge do encontro do eu com o outro. Pois bem, o que isso quer dizer? Para termos uma noção geral do que isso significa, apontamentos devem ser feitos sobre a obra de Hegel e Lacan, como um construto do autorreconhecimento interpessoal analisado pelo

já mencionado Rosenfeld. Mas antes mesmo disso, é preciso saber que o sujeito constitucional é ausência, mais do que presença. Onde se busca a resposta fundamental, a grande pedra filosofal de resolução dos problemas, na verdade encontra-se um vazio, ou um hiato nas palavras de Rosenfeld. Isso porque o sujeito constitucional é incompleto, está sempre aberto a uma busca por completude, a qual, mesmo que necessária, torna-se impossível.

Eduardo Galeano, jornalista e escritor uruguaio, utiliza uma metáfora para a utopia que ilustra o parágrafo anterior. Uma vez, em uma palestra com seu amigo Fernando Birri, um aluno perguntou para que servia a utopia, já que esta nunca poderia ser alcançada. Essa pergunta foi direcionada ao amigo de Galeano – o que este definiu como alívio. Porém, a resposta foi fantástica. Birri respondeu que a utopia estava no horizonte. A cada dez passos que dava em sua direção, este também se afastava dez passos e sabia que seria impossível alcançá-lo. A cada vez que se aproximasse, distanciava-se também. Contudo, ao fim de cada pequena jornada, caminhava-se os passos da pequena jornada. Então a função da utopia seria essa, simplesmente caminhar! (YOUTUBE, Para Que Serve a Utopia?, 2013).

No construir da identidade constitucional, cabe a mesma reflexão. O sujeito constitucional é sim ausência, carece de completude, de permanente reconstrução de sentidos. Todavia, há de sempre haver essa reflexão e constante reconstrução, pois é assim que se desenvolve, aperfeiçoa e aprimora a ideia do que seja este conceito esdrúxulo e, muitas vezes, vago na consciência dos juristas.

2 ENCONTRO DO EU COM O OUTRO

Pois bem. O que significa essa expressão? O sujeito constitucional surge do encontro do eu com o outro? Importante salientar alguns aspectos da teoria de Hegel e Lacan. Aquele, quando fala do ser, sustenta que o confronto do eu com o outro provém da ruptura do sujeito com o objeto de seu desejo. O ser possui desejos e procura satisfazê-los. O sujeito persegue esse objetivo com toda a sua motivação; porém, ao cumprir tal objetivo, naturalmente perde todo e qualquer encanto, então cambia sua atenção para outra direção, um novo desejo. Por isso, a satisfação pessoal voltada ao objeto não pode concretizar o indivíduo.

Nesse ínterim, o sujeito compreende que esse sentimento que brota de seu íntimo não será satisfeito pela aquisição de bens ou pelo alcance de objetos, que estes pormenores apenas arrefecem circunstancialmente o desejo. Assim, o indivíduo observa seu arredor e se conecta com outros indivíduos para partilhar do desejo. Tais sujeitos podem satisfazer seu desejo, pela sujeição, por um lapso temporal mais expressivo. É o caminho percorrido, da sujeição do objeto ao ser humano. Necessário notar que o sujeito é uma carência em dois sentidos. Primeiramente, ele necessita da satisfação por meio dos objetos; porém, ao não se perpetuar no tempo, há a busca pelo reconhecimento do outro. Enquanto não há esse reconhecimento, o sujeito é apenas a negação de seus objetos de desejo, restando como carência.

Portanto, há uma primeira ruptura, caracterizada pela consciência da carência inicial, aportada no objeto de desejo. Ao compreender que não há realização nos objetos, o indivíduo torna sua atenção ao outro em busca de reconhecimento, procura a satisfação no outro. Assim, deposita seus anseios à procura de identidade por meio do reconhecimento dos outros, pelo que sujeita os outros ao seu desejo para adquirir identidade.

Lacan passa por uma observação semelhante, como o próprio Rosenfeld julga, porém parte de caminhos distintos. O psicanalista francês parte do pressuposto de que a compreensão inicial de si faz com que a criança passe por um duplo processo de alienação: primeiro, como abdicação do seu eu; e segundo; como absorção do mundo dos outros. Para se experimentar como sujeito, a criança tem de abrir mão dos objetos de seu desejo para ingressar no mundo da linguagem de seus pais. A sensação que a criança possui pode até ser outra, mas, dentro da perspectiva da linguagem de seus pais, a atribuição de sentido impulsionada fará com que a criança estabeleça um vínculo simbólico com aquele sentimento.

Não se pode dizer que uma criança efetivamente sabe o que quer antes que ela se apodere da significação da linguagem. Se um bebê possui um desconforto, a ação natural é refletida no choro; porém, o processo de adivinhação dos pais é que levará a uma resposta àquele choro. Ou seja, o sentido desse ato é dado pelos pais. Sendo assim, os pais, por meio de uma dinâmica hermenêutica, atribuem sentido ao desconforto do filho e respondem com um estímulo.

Pode ser que o desconforto seja fome, frio, roupa apertada, muita luz, poeira ou qualquer outro tipo de dor, mas o sentido é imposto pela forma como os pais respondem a isso. Se a resposta sempre for comida, o significado retroativo para a criança será determinado como as dores da fome. No fim, o sentido não é determinado pelo bebê, e sim pelos outros, pais ou quem efetivamente cuide da criança, alicerçado na linguagem preexistente ao próprio bebê.

Lacan explica a estranheza dessa forma: nascemos em um mundo de discurso, um discurso ou linguagem que precede nosso nascimento e que continuará após a nossa morte. Muito antes de uma criança nascer, um lugar já está preparado para ela no universo linguístico dos pais: os pais falam da criança que vai nascer, tentam escolher o nome perfeito para ela, preparam-lhe um quarto, e começam a imaginar como suas vidas serão com uma pessoa a mais no lar. As palavras que usam para falar da criança têm sido usadas, com frequência, por décadas, se não séculos e, geralmente, os pais nem as definiram e nem as redefiniram, apesar dos muitos anos de uso. Essas palavras lhes são conferidas por séculos de tradição: elas constituem o Outro da linguagem, como Lacan chama em francês (*l'Autre du langage*), mas que podemos tentar converter em o Outro da linguística, ou o Outro como linguagem. (FINK, 1998, p. 21).

Assim, a linguagem aliena a criança, sujeitando-a a um ordenamento semiótico preexistente não só a si, como a seus pais também. Contudo, essa sujeição se faz necessária dentro da perspectiva de se adquirir identidade em um mundo da vida preordenado e estabelecido como tal. A primeira grande alienação é a aquisição do nome. A criança adquire um nome que seus pais lhe deram e passa a se identificar por meio da percepção do outro.

Em outros termos, a primeira experiência articulável da identidade como sujeito de alguém é alienante, na medida em que ela consiste na autoidentificação com um nome escolhido por outrem e na aquiescência em se deixar identificar como um símbolo no discurso do outro. (ROSENFELD, 1995, p. 9).

A grande pergunta é: o que isso tem a ver com o sujeito constitucional? Pois bem. Em uma primeira leitura, denota-se que a expressão hegeliana e lacaniana nada tem a ver com a versão constitucional de identidade. Isso porque o sujeito constitucional surge como um super-herói moderno, aquele que rompe com os desmandos de uma ordem anterior e domina a construção de uma nova forma de dinâmica social.

Daí, longe de surgir como uma carência ou como alienado, o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora, descartadas, pela revolução. (ROSENFELD, 1995, p. 9).

Contudo, a partir de um aprofundamento das tratativas estatais com seus governados, percebe-se uma ruptura com esse tipo de concepção. O reflexo superpoderoso do sujeito constitucional se dissipa com o enfrentamento das dificuldades que advêm da interação social. Mesmo a mais violenta ruptura de uma ordem estrutural, a mais radical, não tem o poder de se dissociar completamente da tradição anterior. A ordem política pré-revolucionária e a pós-revolucionária andam como irmãos que se odeiam, ou seja, provêm da mesma base para adquirir formatos distintos. Isso quer dizer que “no mais das vezes, as tradições pré-revolucionárias não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional” (ROSENFELD, 1995, p. 9).

Partindo do pressuposto de que é completamente impossível os constituintes criarem uma identidade absolutamente dissociada de sua própria subjetividade, o que se vê é uma limitação revolucionária atinente aos confrontos com: a) a ordem anterior; b) as dificuldades do presente e; c) as projeções de futuro que permeiam a ordem social. A distância entre o que pensam os constituintes e a forma como efetivamente o Estado irá comportar-se gera um vazio para a identidade do sujeito constitucional. Essa ausência é representada pela distância que separa a autoimagem dos constituintes daquela da forma política constitucional pluralista. Como dito anteriormente, não há sentido em falar de constitucionalismo sem adicionar pluralismo à equação, tendo em vista que as tensões decorrentes da forma multifacetada da sociedade é que terão influência direta na concepção de identidade constitucional da nação. Exatamente como o indivíduo vai adquirindo identidade num mundo predefinido.

Como superar essa situação? De que forma a sociedade consegue lidar com essas tensões e adquirir para si uma identidade funcional que realmente se encaixe na perspectiva do cidadão? A resposta a isso surge da construção do discurso constitucional. A elaboração da constituição vem com o intuito de preencher o vazio existente, essa distância já assinalada, o que analogamente Lacan chama de falta em suas palestras. É a tentativa de superar o hiato, “mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado” (ROSENFELD, 1995, p. 10).

O discurso constitucional surge como a linguagem estrangeira, transcendente, de fora para dentro, capaz de suavizar os conflitos ou efetivamente dirimi-los. Aparece como a forma crível dentro da sociedade de uma perspectiva comum. Dessa forma, aliena aqueles que devem aprender a utilizá-la, assim como a criança que perde um pouco de si mesma para enveredar no mundo linguístico de seus pais. Quando se fala em constitucionalismo, logo vem em mente a figura do governo

limitado, o Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais, em suma toda forma de limitação de poder governamental. Os vitoriosos constituintes, aqueles que assumem o poder por meio da revolução, têm de abrir mão de parte de seu poder para ocupar o lugar de legítimo sujeito constitucional e elaborar as prescrições, limitando-se em face dos interesses fundamentais dos outros. Em outras palavras, a identidade do todo depende da interação entre as identidades de seus vários fragmentos ou partes, as quais podem ser conflitantes ou complementares. Muito parecido com o que ocorre na dinâmica hermenêutica.

A hermenêutica é o estudo da forma como nós atribuímos sentido às coisas e, para tanto, necessitamos dos fragmentos e do todo; apenas conseguimos compreender o todo por meio das partes, e as partes só fazem sentido quando temos o todo para conformá-las. Nós frequentemente atribuímos “sentido às coisas que ocorrem no mundo e cremos que os sentidos atribuídos são descobertos e não inventados” (COSTA, 2008, p. 10). Alexandre Araújo Costa utiliza um exemplo bem consistente para compreendermos o processo hermenêutico. Utiliza o exemplo de um filme. Quando assistimos a um filme, muitas vezes nos deparamos com cenas que apenas vamos compreender verdadeiramente no final da história ou em algum lugar cronologicamente distinto daquele contexto em que a cena é apresentada. Muitas vezes, damos novos significados aos atos apresentados inicialmente e atribuímos novos sentidos às cenas já observadas. Isso ocorre porque cada fragmento somente vai ser plenamente compreendido no contexto da obra completa. Assim como a obra completa só faz sentido com a junção de seus caracteres, formada pela sequência natural das partes do todo.

São projeções de sentidos, estas que formamos ao observar cada cena individualmente dentro da sequência natural do filme. Forma-se uma série de expectativas e projetos de interpretação. Logo, os sentidos são alterados de acordo com o aprofundamento da trama, o que resulta em uma variação gradual do sentido que atribuímos ao filme e, conseqüentemente, ao sentido que damos a cada cena já observada. É um reprojeter. Ressignificar. Alexandre Araújo Costa afirma que “essa conexão entre o entendimento do todo e o das partes é tão aplicável ao cinema quanto à literatura ou a qualquer outro texto que se buscar compreender” (COSTA, 2008, p. 91). A analogia com a identidade constitucional é inerente, porquanto o todo depende da interação entre as identidades de seus vários fragmentos ou partes, as quais podem ser conflitantes ou complementares. O ser, quando fala de si, não se descreve, interpreta-se. É isso que ocorre na busca da identidade constitucional, uma amálgama de diversas interpretações que convivem no âmbito comum, o que gera interações conflitantes e complementares. Por isso, há a necessidade de um denominador comum que faça a dinâmica social possuir coerência.

Agora fica mais fácil entender a citação inicial. Ora, o sujeito constitucional emerge do encontro do eu com o outro, afinal o ser é o que é por meio da forma como interage com o outro, aliena-se e se confronta permanentemente ou como Lacan definiria: o sujeito é aquilo que um significante representa para outro significante. Para tal, a mediação por meio do discurso constitucio-

nal é necessária. A linguagem comum que objetiva suportar e mitigar as tensões encontradas nas interações sociais, do multifacetado eu constitucional e seus múltiplos outros. Destarte, o discurso constitucional precisa de um texto constitucional. Todavia, como o texto se relaciona com o contexto, o qual está sempre sujeito a mudanças factuais, o sujeito constitucional necessita da construção e permanente reconstrução de seus conceitos, desse modo inventa e reinventa sua identidade.

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível. (ROSENFELD, 1995, p. 12).

De toda sorte, o sujeito constitucional necessita da reconstrução permanente de seus conceitos para obter longevidade e solidez em um frutífero campo social de dinâmicas e interações de diversas formas e sabores, em que a abertura interna tem de ser a premissa, com um consequente fechamento externo.

Habermas (2002, p. 150) define essa característica como bifronte, ao revelar que a consciência nacional oscila estranhamente entre a inserção ampliada e o fechamento renovado, aquela nação que se abre para dentro e se fecha para fora. Porque quanto mais se abre para a diversidade no âmbito interno, focalizando o que efetivamente reflete o “nós”, mais se fecha àqueles que não fazem parte dessa percepção, tornando inclusão em exclusão ao mesmo tempo. Isso é reflexo do próprio agrupamento humano, o qual carece de recorrente revisão de seus próprios conceitos.

Porém, é preciso ter em mente que a reconstrução do discurso constitucional se dá pelo confronto que a auto-identidade constitucional faz em relação à facticidade e validade, aos fatos e normas e ao real e ideal. Construção e reconstrução interagem de forma a construir elos entre o real e o ideal, este suplementa aquele, porém muitas vezes também o contradiz. Essa dinâmica faz com que construção e reconstrução representem momentos distintos na interação social, no intuito de fomentar o desenvolvimento da auto-identidade do sujeito constitucional, sempre incompleta e em permanente aperfeiçoamento.

A interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que exercem influência na composição das identidades constitucionais. A tarefa da reconstrução é a de harmonizar esses novos elementos com os anteriormente existentes; ou, na medida que os novos elementos rompem com as relações estabelecidas entre os elementos anteriores, recombinar todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo. (ROSENFELD, 1995, p. 15).

Ultrapassados esses primeiros apontamentos quanto à construção da identidade constitucional e à mediação do discurso constitucional, que sempre depende de reconstrução, observe como os direitos fundamentais foram lidos e reinterpretados ao longo do tempo e como isso tornou possível a percepção de um direito do consumidor que foge à dicotomia público-privado clássica. Posto que a didática conceitual jurídica tenha criado tal divisão, sua inter-relação é íntima. A transição paradigmática a seguir demonstra o afastamento e a reaproximação dos sentidos de público e privado.

Esse é o resultado da autoafirmação de reconhecimento individual transposta a um entendimento coletivo, orgânico. Pois, partindo do pressuposto de que as impressões individuais são efeti-

vadas no ambiente coletivo, a própria noção de coletividade resulta de várias pequenas construções dos indivíduos em seus seios domésticos. Isso quer dizer que, assim como a criança que abre mão de si mesma para ingressar no mundo linguístico dos pais, a sociedade abre mão do ciclo individual ou adjacente, para ingressar em um discurso constitucional para tentar mitigar os conflitos extremados pela dinâmica relacional de um ambiente coletivo, no qual as mais variadas formas vão se relacionar. O entendimento do ser como indivíduo é fundamental para entender como a sociedade se relaciona coletivamente e como isso constrói a procura por um denominador comum que minimize as tensões sociais, encontrado no discurso constitucional. Porém, esse mesmo discurso se modifica no tempo, alterado pelas necessidades pretéritas, concomitantes e futuras. Há uma necessidade de reconstrução do próprio discurso, na qual paradigmas são identificados.

3 A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO COROLÁRIO DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

Quando Habermas afirma que a expressão Estado Democrático de Direito não é simplesmente um princípio, é mais precisamente um paradigma, é necessário entender o que significa um paradigma. Thomas Kuhn elucida que as predeterminações, os hábitos não refletidos, as formas de organização de uma comunidade, são exatamente a representação de um paradigma. As circunstâncias factuais que mantêm a engrenagem social em movimento e alternam de acordo com o pano de fundo da linguagem (ou ausência dela) é o que podemos chamar de paradigma. É um modelo que seguimos e disseminamos, o qual perpetua no tempo condutas e interações que fazem parte da própria condição humana. Kuhn afirma que não há como sair de um paradigma, como se afastar dele como tal. O que se pode fazer é alterar a condição paradigmática, mudar de paradigma e assim evoluir a novas práticas sociais. Novas condutas que tragam novas formas de observar o mundo e, ao mesmo tempo, cegam os indivíduos a outros fatores. Nesse contexto, apresentaram-se ao mundo os paradigmas constitucionais, quais sejam, o Estado de Direito, o Estado Constitucional Social e o Estado Democrático de Direito. Normalmente são associados às gerações/dimensões de direitos fundamentais.

No primeiro, todos são livres, iguais e proprietários. Parte da premissa de um Estado mínimo, que não intervenha na individualidade do governado. Deixa-se a este a total e irrestrita rédea de sua própria vida. A propriedade é o valor supremo. Observa-se uma sociedade em que é propagado que todos os indivíduos são proprietários nem que seja de si mesmos. É preciso salientar que, durante o período anterior às revoluções burguesas e científicas, predominava o conhecimento religioso como principal elemento de convicção na explicação dos fenômenos naturais e principalmente na determinação dos acontecimentos sociais, ou seja, a religião era a principal referência epistemológica na produção do saber. Todas as questões relacionadas ao homem e seu desenvolvimento, seus direitos e deveres estavam direta ou indiretamente atreladas ao fundamento teológico, baseado na confiança divina.

As revoluções burguesas lançam a promessa de que, na modernidade, uma nova concepção de Estado Liberal poderia promover transformações fundamentais, trazer as mudanças efetivas ao processo de crescimento, o que resultaria em distribuição de renda e qualidade de vida. Ocorre que, quando a classe econômica burguesa se afirma no cenário político, é necessário consolidar um modelo de Estado que esteja de acordo com essa nova perspectiva. Agora, como é possível instrumentalizar essa posição social? A utilização do Direito surge como forma de institucionalização, como instrumento de manutenção desse estado jurídico e econômico da classe burguesa. Apresenta-se à sociedade uma nova forma de se pensar o mundo por meio da razão, de um sistema racional. Agora, o que é racionalidade? Surge como mais uma dificuldade que advém do óbvio. Todos imaginam conhecer o significado de racionalidade, o que suprime o debate e relega a atribuição de sentido ao imaginário das pessoas. Num mundo em que os conceitos não são debatidos, todos pensam significar a mesma coisa, quando, na verdade, cada indivíduo atribui seu próprio significado àquela percepção.

Racionalidade em sentido lato é o que diferencia cultura de natureza. Num espaço apenas natural, o predomínio da necessidade é o que vigora nas sensações mundanas. Alimentação, fuga do frio, toque, prazer, sobrevivência. Isso tudo faz parte dos seres em estado de natureza. Num espaço cultural, não há apenas necessidade, existe espaço para a liberdade dentro de uma perspectiva linguística. A condição linguística é o que nos afasta da natureza e o que pode ser chamado de racionalidade *lato sensu* e sua ramificação de diversas ordens. O mito da racionalidade científica passou a justificar uma preocupação excessiva em se atribuir a todo e qualquer acontecimento da natureza e todo e qualquer fato social uma explicação racional, isto é, uma explicação que pudesse ser submetida a um processo objetivo de experimentação. Esse apego à razão foi transportado às ciências sociais, ou seja, era preciso transportar ao Direito o mesmo rigor e metodologia, os mesmos parâmetros objetivos de tratamento das ciências naturais.

A dinâmica liberal burguesa culminou na ingerência da igualdade formal de tratamento entre os governados. Porém, não se discute justiça social ou melhor qualidade de vida efetiva ao cidadão. O primeiro enfoque é em, ao menos, expurgar os privilégios de nascimento, as castas bem definidas no escalonamento social, nas quais jamais um membro de um grupo específico poderia galgar uma melhor posição. É claro que apenas a igualdade formal não é satisfatória, não há como se conceber um mundo da vida em que o público e o privado são ordens distintas, sem convergirem entre si, e que o público seja mero instrumento de legitimação do privado, independente de injustiças ou desmandos ontológicos. Neste modelo, o privado é apenas o que surge do egoísmo, do individualismo, enquanto o público é meramente o que advém do estatal.

Qual Estado vai favorecer a expansão do mercado e criar condições de fortalecimento do *status* social e econômico do proprietário, do detentor dos meios de produção? O Estado Liberal. A partir daí, observaremos as primeiras contradições deste caminho. O Estado Liberal vai construir uma falsa sensação de segurança jurídica, a partir de um modelo de direito individualista, é um di-

reito que reconhece o mínimo de proteção jurídica ao cidadão em relação ao Estado, mas cria a falsa impressão de que esses direitos concedidos são absolutos, cria-se a falsa impressão de igualdade, todos são iguais perante a lei, e, se acreditamos nessa falsa premissa, o Estado vira de costas para a sociedade, e o público vira uma mera formalidade de legitimação de injustiças do privado.

Com essa expressão da noção de público e privado e com as consequências da hipercomplexificação da sociedade, surge um novo modelo de percepção dos direitos. Um novo paradigma aliado numa concepção de materialização das formas de liberdade e igualdade. Já não se pode conceber que a propriedade de si sem oportunidades de efetiva dignidade seja fulcral no sistema. Nessa evolução histórica, o Estado se vê obrigado a materializar os direitos, de forma a ultrapassar a condição individual do sujeito. Foram denominados de direitos sociais estes que emergem da transição paradigmática para um Estado Constitucional Social.

É assim chamado porque o estatal assume o compromisso direto com a sociedade já insatisfeita com a frustração em torno das promessas da modernidade causadas por uma estrutura de certeza e segurança falaciosas, a qual desencadeou um processo de mobilização social, o que exigiu do Estado (como forma de manutenção da sua condição política) um compromisso efetivo com direitos sociais. O cidadão passa a ter a sua disposição a proteção individual acrescida de uma tutela de seus interesses sociais, não apenas uma proteção doméstica, e sim um fomento, em favor do cidadão, de plenos direitos que não se limitam ao plano da liberdade negativa. Que direitos são esses? Educação, saúde, previdência, assistência social. O Estado Previdência, o Estado de Bem-Estar Social, é uma consequência direta da fragilidade desencadeada no âmbito da sociedade pela observância unicamente das liberdades negativas. O que precisa ficar claro é que aqui não há uma nova geração de direitos, não há um conglomerado de conquistas sociais que somam para um bem comum. O que ocorre é uma verdadeira ressignificação dos termos “liberdade” e “igualdade”.

Didaticamente é interessante compor termos separados para definir pontos históricos. Até porque Direito trabalha com conceitos e seu operador instrumentaliza o conhecimento por meio deles. Porém, essa transição paradigmática traz uma nova roupagem para o sentido de liberdades e igualdades. Os direitos sociais surgem como efeitos dessa nova atribuição de sentido. Nesse novo paradigma, o público continua intrínseco à esfera estatal. Porém, essa visualização, na prática, torna-se confusa. Todo direito é público, todo direito é estatal, pois advém de um processo legislativo precipuamente estatal, por meio de um Parlamento, um Poder Legislativo. Contudo, mesmo com essas definições, o privado e o público permanecem separados. Neste modelo, o privado é apenas o que surge do egoísmo, do individualismo, enquanto o público é meramente o que advém do estatal, assim como no paradigma anterior. Essa dificuldade obstaculiza a compreensão da própria cidadania pelo indivíduo e, mais uma vez, a sociedade, cada vez mais complexa, redefine-se dentro de seu projeto de direitos, surge uma nova transição paradigmática.

Enfim, a grande questão aqui colocada passa a ser a da cidadania como processo, como participação efetiva. É claro que ocorre uma nova mudança de paradigmas, na qual, outra

vez, podemos salientar novos tipos de Direito, como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos, de interesses que refogem à dicotomia público x privado, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 24).

O Estado Democrático de Direito surge com uma preocupação basilar, a participação efetiva da sociedade na tomada de decisões estatais. Ou seja, uma nova significação dos conceitos de liberdade e igualdade. José Afonso da Silva já aduziu que: “O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus órgãos que não exprimem senão vontade exclusivamente humana.” (DA SILVA, 2008, p. 107). Se assim o é, como mitigar a promoção de interesses pessoais no espaço público e frear a privatização do Estado?

Pois bem. O Estado tem funções a desempenhar. Como já afirmou Karl Loewentein, o qual parte do pressuposto de que a expressão “Poder” é meramente ilustrativa. Em verdade, o que ocorre é a distribuição das funções estatais entre os diferentes órgãos. Sob esse prisma, indica três conceitos para uma nova divisão tripartite: *policy determination* (decisão política fundamental), *policy execution* (execução das decisões políticas fundamentais) e *policy control* (controle político).

Decisão política fundamental é a escolha pela sociedade dentre várias políticas fundamentais que possam reger um Estado. Assim, define-se qual será o regime político, se haverá intervenção ou não na ordem econômica, além do enfrentamento de ideologia e interesses presente na Constituição, ou seja, qualquer decisão que seja pautada por interesse público é uma indicação de que é decisão política fundamental. Portanto, provavelmente será feita pela colaboração do Legislativo e Executivo, ou com participação direta da sociedade.

Execução das decisões políticas fundamentais consiste em dar vazão ao exercício da decisão, objetivamente é executar o previsto na legislação. Geralmente, ocorre por meio da regulação das relações sociais pelo Executivo. Por último, controle político nada mais é que o limite do poder. Dessa forma, todos os Poderes exercem o controle político uns sobre os outros, além da própria sociedade quando escolhe seus representantes, pelo que manifesta sua aprovação da condução do Estado ou não. Porém, isso não é suficiente. A sociedade precisa e deseja participar efetivamente das tomadas de decisões. Há aqui uma nova atribuição de sentido aos conceitos de liberdade e igualdade, nos quais o público e o privado não podem estar virados de costas um ao outro, a não ser que seja para revelar as faces da mesma moeda.

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 24).

É nesse contexto que surge o direito do consumidor. Com a modificação da estrutura separatista dos conceitos de público e privado, não há como conceber contratos exclusivamente guiados pela vontade dos particulares. O Estado vai exercer poder diante da fragilidade do consumidor,

assim como ocorre no âmbito das relações trabalhistas. Há uma similitude entre os dois tipos de contrato. Em ambos existe uma relação de confiança, assim como, à primeira vista, incidiriam sobre a esfera estritamente privada. Ocorre que, em ambos os casos, o Estado não pode permitir qualquer tipo de acordo, por isso irá editar normas que protejam as partes mais fracas das relações, quais sejam, o trabalhador e o consumidor. O Estado assumirá um papel dirigente, de forma a aparar as arestas das relações, tanto num caso como no outro.

Há, portanto, um dirigismo contratual, concernente à imposição estatal nas avenças. É o Estado guiando a prática das relações de consumo. Infere-se que a liberdade é meramente ilusória na relação de consumo, é um direito relativizado pela lei em razão da necessidade do consumidor. Não há mais como separar público do privado, o que anteriormente era considerado privado vai refletir na esfera pública e é por isso que o Estado vai exercer esse dirigismo.

Com essa nova referência paradigmática, observam-se as primeiras normas de consumo no mundo. Os Estados assumem o compromisso de estabelecer políticas públicas de proteção ao consumidor. Surgem a FDA (*Food and Drugs Administration*) nos EUA e as legislações esparsas nos países nórdicos (Noruega, Suécia, Dinamarca), e tal movimento de codificação passou a influenciar os países ibéricos (Espanha e Portugal). Ocorreu uma preocupação mundial com o consumidor, um compromisso dos Estados de trazer, para o âmbito do Direito interno, não apenas normas específicas, mas a própria presença estatal no mercado econômico, característica destoante do padrão liberal da primeira referência paradigmática. O Estado não está mais cego ao mercado, cria mecanismos de controle não para inviabilizar o exercício da atividade econômica, mas para compatibilizar os interesses de uma categoria que passa a merecer tratamento jurídico diferenciado. Faz parte da nova atribuição de sentido aos conceitos de liberdade e igualdade, na qual o público e o privado se misturam. Portanto, o surgimento desse ramo de estudo e aplicação jurídica só pôde ser observado a partir da transição dos paradigmas, a qual nada mais é que a reconstrução do discurso constitucional, denominador comum das relações interpessoais coletivas.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar a ligação existente entre o surgimento do direito do consumidor e a evolução dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizou uma abordagem crítica sobre a construção e reconstrução do discurso constitucional. A identidade do sujeito constitucional traz o foco da dificuldade de se enxergar como indivíduo e como isso se reflete nos diversos campos do conhecimento. No Direito não é diferente. Há sempre um construir. A pretensão foi efetuar uma reflexão sobre os conceitos apresentados ao longo do artigo e incitar o debate quanto à reconstrução do discurso constitucional e atribuição de sentidos aos famigerados direitos fundamentais. E de que forma isso contribuiu para o surgimento da preocupação com as relações de consumo.

O sujeito constitucional emerge do encontro do eu com o outro. Para entender o que isso significa, foram tratados apontamentos sobre a obra de Hegel e Lacan. Discutiu-se, principalmente, a questão da ausência mais do que da presença desse fenômeno. A consciência de que a identidade do todo depende da interação entre as identidades de seus vários fragmentos ou partes, as quais podem ser conflitantes ou complementares. Foi trabalhada a ideia de reconstrução do discurso constitucional. A dependência dessa releitura formou uma ressignificação dos direitos fundamentais ao longo do tempo, o que culminou na percepção de um direito do consumidor que foge à dicotomia público-privado clássica. Não há mais como separar público do privado, o que anteriormente era considerado privado vai refletir na esfera pública e vice-versa.

Esse é o resultado da autoafirmação de reconhecimento individual transposta a um entendimento coletivo, orgânico. Pois, partindo do pressuposto que as impressões individuais são efetivadas no ambiente coletivo, a própria noção de coletividade resulta de várias pequenas construções dos indivíduos em seus seios domésticos. Isso quer dizer que, assim como a criança que abre mão de si mesma para ingressar no mundo linguístico dos pais, a sociedade abre mão de seu ciclo individual para se tornar orgânica, para ingressar em um discurso constitucional com o intuito de mitigar os conflitos extremados pela dinâmica relacional de um ambiente coletivo, no qual as mais variadas formas vão relacionar-se. O entendimento do ser como indivíduo é fundamental para entender como a sociedade se relaciona coletivamente e como isso constrói a procura por um denominador comum que minimize as tensões sociais, descoberto no discurso constitucional. Foi a forma encontrada para se ter organicidade.

Há nova atribuição de sentido aos conceitos de liberdade e igualdade, nos quais o público e o privado não podem estar virados de costas um ao outro, a não ser que sejam para revelar as faces da mesma moeda. O público não pode mais ser observado como unicamente estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo, baseado na individualidade e privacidade da vida doméstica. Nesse sentido, nascem novas perspectivas de enfrentamento das questões relacionadas ao âmbito público e privado. Mais especificamente, no Direito, surgem ramos como o Direito Ambiental, as Teorias Dialógicas Constitucionais e o Direito do Consumidor.

Aprovado: 26/11/2015. Recebido: 01/09/2015.

NOTAS

¹ Manifestação de Eduardo Galeano no vídeo *Para que serve a utopia?*, publicado no canal *Youtube*, em 17 de maio de 2013.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2007.
- FINK, Bruce, 1956. *O sujeito Lacaniano: entre linguagem e o gozo*. Traduzido por Maria de Lourdes Sette; consultoria Mirian Aparecida Nogueira Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Edições Loyola. São Paulo, 2002.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Perspectiva. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; São Paulo. 8. ed. 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. Intellectus: 2.ed.
- MATOS, Enéas de Oliveira. *A “Separação de Poderes” para Karl Loewenstein*. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/loewen.htm>>. Acesso em: 15 set .2011.
- NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. In: *Cardoso Law Review: A Mentalidade Pós-moderna e o Direito*, Nova Iorque: *Yeshiva University Press*, p. 1049 - 1109, janeiro de 1995. *Copyright: Yeshiva University e Michel Rosenfeld*. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto.
- WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007.
- YOUTUBE. *Para Que Serve a Utopia?* Vídeo (1min07s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9iqi10aKvzs>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

André Pinheiro Cruz

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília.
Pós-graduado em Direito Constitucional pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Professor da Faculdade Fortium/DF.

QMSW 5, Ed. Mont Blanc, bloco D, apto. 8
Setor Sudoeste
Brasília/DF
CEP 70680-508
andrecruzadv@gmail.com