

**DIÁLOGOS
INTERNACIONAIS**



José Carlos Carles de Souza

Reitor

Neusa Maria Henriques Rocha

Vice-Reitora de Graduação

Leonardo José Gil Barcellos

Vice-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

Bernadete Maria Dalmolin

Vice-Reitora de Extensão e Assuntos Comunitários

Agenor Dias de Meira Junior

Vice-Reitor Administrativo

UPF Editora

Cleci Teresinha Werner da Rosa

Editora

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Della Bona

Carme Regina Schons

Denize Grzybovski

Elci Lotar Dickel

Giovani Corralo

João Carlos Tedesco

Jurema Schons

Leonardo José Gil Barcellos

Luciane Maria Colla

Paulo Roberto Reichert

Rosimar Serena Siqueira Esquinsani

Telisa Furlanetto Graeff

CORPO FUNCIONAL:

Cinara Sabadin Dagneze

Revisora-chefe

Nathalia Sabino Ribas

Revisora de textos

Vanessa Becker

Revisora de textos

Sirlete Regina da Silva

Design Gráfico

Rubia Rizzi

Diagramadora

Carlos Gabriel Scheleder

Auxiliar Administrativo



UNIVALI

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

Mário Cesar dos Santos

Reitor

Cássia Ferri

Vice-Reitora de Graduação

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Planejamento e Desenvolvi-
mento Institucional

Vilson Sandrini Filho

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Rogério Corrêa

Coordenador Editora Univali

CONSELHO EDITORIAL - 2014

Profª Drª. Adair de Aguiar Neitzel

Profª. MSc. Ana Cláudia Reiser de Melo

Prof. Dr. André Silva Barreto

Prof. Dr. Angelo Ricardo Christoffoli

Prof. Dr. Antônio Fernando Silveira Guerra

Prof. Dr. Charrid Resgalla Junior

Profª. MSc. Daniella Haendchen Santos

Profª. Drª. Denise Schmitt Siqueira Garcia

Profª. MSc. Ediene do Amaral Ferreira

Prof. Dr. Flavio Ramos

Prof. MSc. Francisco Braun Neto

Prof. MSc. Jairo Romeu Ferracioli

Prof. Dr. Luís Fernando Maximo

Profª. Drª. Marlene de Fávéri

Profª. Msc. Neusa Amorim Fleury Machado

Prof. Dr. Ovidio Felipe Pereira da Silva Jr.

Prof. Dr. Rodolfo Wendhausen Krause

Profª Drª. Tatiana Mezadri

Profª. Drª. Vanessa Hernandez Caporlingua

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Rogerio da Silva
(orgs.)

DIÁLOGOS
INTERNACIONAIS

2013



EDITORA



Copyright © Editora Universitária

Maria Emilse Lucatelli

Editoria de Texto

Sabino Gallon

Revisão de Emendas

Sirlete Regina da Silva

Produção da Capa, Projeto gráfico e Diagramação

Este livro no todo ou em parte, conforme determinação legal, não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização expressa e por escrito do autor ou da editora. A exatidão das informações e dos conceitos e opiniões emitidos, bem como as imagens, tabelas, quadros e figuras, são de exclusiva responsabilidade dos autores.



P641d Pilau Sobrinho, Liton Lanes, 1971-

Diálogos internacionais / Liton Lanes Pilau Sobrinho, Rogerio da Silva. – Passo Fundo, RS. : UPF : Itajaí, SC. : Univali, 2013.

256 p. : 16 cm. (Balcão do Consumidor)

ISBN: 978-85-7696-116-1

Inclui referência bibliográfica

1. Direito consumidor 2. Defesa do consumidor I. Silva, Rogerio. II. Título.

CDU: 347.451

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária - UNIVALI



UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
EDITORIA UNIVERSITÁRIA
Campus I, BR 285 - Km 171 - Bairro São José
Fone/Fax: (54) 3316-8373
CEP 99001-970 - Passo Fundo - RS - Brasil
Home-page: www.upf.br/editora
E-mail: editora@upf.br



UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ
EDITORIA UNIVALI
Campus itajaí, Rua Uruguai, 458 - Caixa
Postal 360 CEP 88302-202 - Itajaí/SC
Fone/Fax: (47) 3341-7645
Home-page: www.univali.br/editora
E-mail: editora@univali.br



Sumário

Apresentação	7
Diálogos Internacionais	
Liton Lanes Pilau Sobrinho; Rogerio da Silva	
A (re) construção social pelo consumo na globalização sobre um ato impulsivo	8
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta	
Sociedade da informação: os contratos eletrônicos e a proteção jurídica da intimidade	25
Nadya Regina Gusella Tonial; Eliane Bacarin	
Tratados internacionais sobre a responsabilidade do transportador aéreo internacional e as relações de consumo no Brasil	54
André Lipp Pinto Basto Lupi	
La incorporación del instituto de los “daños punitivos” (o “multa civil”) en el ordenamiento argentino	74
Federico M. Alvarez Larrondo	
O direito do consumidor como instrumento de cidadania em uma sociedade contemporânea altamente consumista ...	129
Amadeu Elves Miguel; Liton Lanes Pilau Sobrinho	
La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial	145
Gabriel A. Stiglitz	

El derecho de defensa del consumidor en la constitución peruan de 1993	184
Guido Aguila Grados	

Observações sobre a responsabilização civil pelo risco biotecnológico	200
Paulo Roberto Ramos Alves	

A implantação de políticas públicas voltadas para a educação: uma preocupação com o consumismo infantil	223
Jorge Renato dos Reis; Rogerio da Silva	

Aspectos controversos da reforma da legislação ambiental brasileira: uma análise crítica com foco no consumo e na sustentabilidade e suas implicações ambientais, sociais e políticas	238
Leonio José Alves da Silva	

Novos direitos e meio ambiente: a teoria das necessidades e o consumo na América Latina	253
Ana Maria Borralho Gobbato	

Diálogos Internacionais

Esta é uma experiência ímpar para a sociedade de consumo, a qual traz a troca de experiências acadêmicas que são proporcionadas por meio de Seminários realizados pelo Balcão do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Esta troca possibilita termos o conhecimento sobre a proteção consumerista além das fronteiras, na qual temos a possibilidade de contar com a participação de uma das maiores autoridades do direito do consumidor na Argentina, o Dr. Gabriel Stiglitz. Estas reflexões são fundamentais para a compreensão do direito do consumidor, cujas ações Estatais na maioria das vezes são isoladas, enquanto as ações do mercado são transnacionais. Cabe estabelecermos aqui uma mudança estrutural para que a proteção da sociedade se fortaleça com as experiências que demonstraremos nesta obra.

A presente obra foi viabilizada por meio de recursos obtidos no Fundo Estadual do Consumidor do Rio Grande do Sul, à qual cabem nossos agradecimentos.

Boa leitura a todos!

Liton Lanes Pilau Sobrinho e Rogerio da Silva
Organizadores

A (re) construção social pelo consumo na globalização

Cátia Rejane Liczbinski Sarreta¹

Introdução

O processo de globalização atual pelo qual perpassa a humanidade traz sérias implicações na vida do ser humano. A forma de desenvolvimento priorizada no sistema capitalista, com enorme produção de produtos e bens de consumo, bem como a tentativa de uma produção de cultura dominante quanto a gostos, costumes e formas de expressão, acabam gerando uma hierarquia social e a desigualdade.

Os desafios são grandes e passam pelos padrões dominantes de modelo, consumo e cultura, que se tornam globalizados, e produzem, mesmo que no suposto “silêncio”, um padrão de atitudes.

Nesse aspecto é fundamental uma revisão de valores, práticas e questionamentos sobre a imagem que se tem de si mesmo e de suas atitudes, mesmo que, diante disso, o homem se sinta insignificante, impotente, frágil e despreparado para enfrentar o desafio que se impõe.

O referencial teórico inicial é o estudo do poder simbólico segundo Pierre Bourdieu, que é o poder de construção da realidade com opiniões e pensamentos, tendo como ato intencional consolidar-se sobre as questões sociais e culturais e as prevalências da dominação econômica.

¹ Advogada, Doutoranda em Ciências Sociais na UNISINOS, Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania da Unijuí. Especialista em Direito Privado, da Unijuí. Professora dos cursos de Direito da Universidade de Passo Fundo e URI/Erechim, Rio Grande do Sul. crejane@upf.br.

A sociedade de consumo é considerada a atual expressão do capitalismo. O consumo afeta o dia a dia das pessoas e influencia na própria desigualdade social, uma vez que os grupos se identificam não somente por afinidades pessoais, sentimentais, mas também pelo poder aquisitivo e o que isto lhe proporciona. Assim, o consumo tem influência na construção dos valores e das práticas sociais, construindo identidades e definindo aspectos culturais.

As diferentes alterações culturais no cotidiano das pessoas que podem ser percebidas pela influência, por exemplo, de hábitos surgidos em países desenvolvidos, como o consumo do refrigerante “Coca-Cola”, a obrigatoriedade de comprar carros e sua forma de uso, são consequências do capitalismo que visam ao lucro e ao acúmulo de capital. Nesse sentido é inegável que o consumo, ou melhor, a forma de consumo, traz modificações sociais.

O consumo a ser exposto não é apenas aquele do dia a dia, como compra de produtos ou prestação de serviços, mas no sentido da articulação de pessoas, grupos, estilos de vida, gostos que envolvem a vida social e a localização dos mesmos na estrutura social desigual.

O capitalismo e o consumo

Os temas capitalismo e consumo estão intimamente relacionados, uma vez que popularmente o capitalismo visa ao lucro e para tanto é necessário realizar vendas. No entanto, é preciso estudar o consumo, não só de bens e serviços materiais, mas também em relação ao imaterial, aos costumes de uma sociedade que os identifica, como música, religião e outros.

O capitalismo pode ser considerado um modo de produção que busca a obtenção do lucro, muitas vezes mediante a exploração da classe de trabalhadores. A Revolução Industrial fortaleceu este entendimento, sendo que a partir dos anos 60 do século XX, após a reconstrução dos países devastados com a

II Grande Guerra Mundial, surgiu a cultura do consumismo, a qual apresentou como “*standard*”, a necessidade de a população ser incentivada a consumir para sustentar a sociedade. Este incentivo ao consumo desperta no indivíduo o desejo de satisfação, de prazer, visando à melhoria na sua qualidade de vida, repensando seu trabalho e em como realizá-lo de forma a não ser escravizado por ele (RIVERO, 2002, citado por SARRETA, 2007).

Neste século XXI ainda existem capitalistas com objetivo único de riqueza - meta inicial do capitalismo -, mas também transparece para a sociedade a possibilidade das escolhas, o que, no entanto, é ilusão, pois há uma forte pressão das culturas consideradas desenvolvidas, impondo seus produtos e serviços (SARRETA, 2007, p.124).

A questão é complexa, pois ultrapassa os limites da compra de produtos ou serviços. A forma como a sociedade atual se desenvolve influenciada pela imposição de hábitos e costumes externos instiga a ilusão de que, quanto mais os indivíduos são semelhantes, maior a inclusão social. No entanto se deve atentar que a padronização pode ser uma forma de inibição ou extinção de formas culturais, como vestir, cantar e outras.

Assim, o capitalismo procura formas diferentes para se reproduzir, diante das crises enfrentadas pela sociedade industrial, procurando uma nova adaptação às suas necessidades de sustentação. Na sociedade dos produtores, o campo das lutas se encontrava nas relações de trabalho. Na atualidade, se está frente a um processo de flexibilização, das transnacionais, ou globalização, deslocando os interesses para eixos de produção, acompanhada de uma revolução científica e tecnológica sem precedentes (SARRETA, 2007).

Pode-se afirmar que a invenção do automóvel foi o carro-chefe do capitalismo industrial no início do século XX. Um sistema que incrementou as formas de produção dentro da

indústria automobilística para superar a crise de mercado originada pela Primeira Guerra Mundial. O sonho americano era representado pelo automóvel. Sendo assim, a democracia e a liberdade se confundem com o prazer e o poder de dirigir um carro. Desta forma, o carro foi e é um objeto de consumo significativo. Esta chamada “sociedade de consumo” é impulsionada pela publicidade, pela evolução tecnológica, por uma organização da lógica capitalista (SARRETA, 2007).

A busca da felicidade por meio do progresso material difundida pela Revolução Industrial traz consigo a guerra ideológica entre capitalismo e comunismo a partir da metade do século XX, que não é apenas um conflito entre duas ideologias absolutamente distintas, mas entre duas abordagens extremas da mesma ideologia ocidental. O capitalismo contém um enfoque individualista e democrático baseado no mercado, com inspiração na filosofia política anglo-saxã; já o comunismo reflete o enfoque coletivista e autoritário inspirado na filosofia política alemã. Os dois sistemas acusam-se mutuamente de desumanos (RIVERO, 2002).

Diante da derrocada do comunismo prevalece o capitalismo, que deveria ser uma nova ordem ética, mas não deixa de lado a predação. A hegemonia mundial prevalecente hoje está centrada na acumulação material, com a expansão de padrões de consumo sem sustentabilidade, influenciando os seres humanos por meio do mercado e da tecnologia. As consequências do comunismo aos poucos estão sendo superadas, mas outros temores surgem e preocupam, como a exclusão social e o desrespeito à natureza (RIVERO, 2002).

Nessa sociedade, portanto, a dinâmica do capitalismo está voltada para um consumo rotinizado e instrumentalizado como parte do processo de acumulação de capital. Existe um processo de alienação que ultrapassa os limites da fábrica, que faz parte do mercado, do processo de compras, da indução

dos desejos e das necessidades. Há algum tempo a sociedade ocidental vem assistindo a um suposto encontro dos polos opostos, e vem se tornando unidimensional, composta por indivíduos unidimensionais, encobrindo possíveis antagonismos, contradições inatas ao capitalismo em nome de uma padronização dos instintos, de um controle dos anseios humanos, em nome de uma visível cultura massificada, mas ininteligível por ela mesma (BAUMANN, 1999).

É preciso ter cautela em relação à imposição do consumo, que para a maioria dos indivíduos é algo natural, mas acaba por desconstruir formas culturais importantes para entender-se a sociedade. No caso do Brasil, por exemplo, muitos indígenas já perderam parte da sua história como roupas, língua, cantos e outros, na busca da semelhança/igualdade ou pela influência do “branco” em “domesticá-los”. Assim a expansão do capitalismo é tão forte, que não respeita os direitos sociais, culturais e ambientais de uma sociedade.

A reflexão sobre o tema exposto não é recente, segundo Montibeller-Filho (2001, p. 76), “[...] Marx assume que a relação do capital com a natureza é de dominação daquele sobre esta, procedendo à exploração de recursos, na medida, ao ritmo, da forma que melhor convém à obtenção do lucro mais elevado e imediato.”

Nesse sentido, para a análise da economia ambiental marxista, incluindo questões ambientais sob uma visão capitalista, é necessário considerar dois aspectos citados por Montibeller-Filho (2001, p. 78):

[...] a teoria da renda da terra que destaca a tendência de custos crescentes na obtenção de bens agrícolas e matérias-primas como resposta à intervenção da natureza sobre o sistema econômico e o fato de considerar não haver um limite ecológico que levasse à ruína do capitalismo.

Segundo Bourdieu, a sociedade ocidental capitalista é uma sociedade constituída de hierarquias, ou seja, de

divisão de poderes que são desiguais e que determinam privilégios, tanto em relações materiais e ou econômicas, como relações simbólicas entre os indivíduos (2000).

O problema da padronização das escolhas e do consumo não só de bens e serviços diretos, mas aquele singelo no âmbito cultural, está relacionado à falta de percepção e conscientização das influências externas para com uma determinada sociedade.

Com o predomínio do capitalismo, diferentes culturas se adaptaram aos modelos impostos de acumulação, à custa de alterações no imaginário social da população, que em última instância é quem consome. A mídia, representada pela televisão e pela Internet, regula e serve como instrumento que determina a decisão do consumidor. Desta forma, o consumo na lógica capitalista favorece a acumulação de capital e influencia o imaginário nas necessidades dos consumidores. Na tentativa de superar a concorrência entre as empresas, a propaganda e a publicidade são ferramentas para conquistar os consumidores. Uma empresa ou um processo, contudo, para ser válido dentro dos conceitos atuais, deve ser economicamente rentável, ambientalmente compatível e socialmente justo. Cumprindo esta exigência, as empresas estarão sendo ecoeficientes e criarão as condições básicas para a sua permanência no mercado.

O ato de consumo nasce da necessidade de adquirir, utilizar e difundir aquilo que foi indiretamente induzido pelo *marketing* e não exatamente o que se precisa. Esta é uma das finalidades do capitalismo.

O padrão do consumo é produzido e difundido no mercado de países desenvolvidos para ser copiado pelas nações em desenvolvimento. Mas está “cópia” não respeita as necessidades e as possibilidades de cada sociedade.

Para Hall (2005, p.74),

[...] Os fluxos culturais, entre as nações, e o consumismo global criam possibilidades de “identidades partilhadas” –

como “consumidores” para os mesmos bens, “clientes” para os mesmos serviços, “públicos” para as mesmas mensagens e imagens – entre pessoas que estão bastante distantes umas das outras no espaço e no tempo. À medida em que culturas nacionais tornam-se mais expostas influências externas, é difícil conservar as identidades culturais intactas ou impedir que elas se tornem enfraquecidas através do bombardeamento e da infiltração cultural.

Ainda se percebe a supremacia econômica e cultural americana. As principais economias mundiais adotam o modelo econômico do neoliberalismo e seguem o processo chamado “globalização”² para justificar a abertura dos mercados à expansão comercial dos países centrais (SARRETA, 2007).

A resultante integração das atividades econômicas vai além dos aspectos puramente econômicos; alcança também o domínio cultural. **No mundo inteiro, países de tradições culturais totalmente diversas ficam cada vez mais homogeneizados** pela proliferação incessante das mesmas franquias de restaurantes e cadeias de hotéis, da mesma arquitetura de arranha-céus, das mesmas lojas de departamentos e *shopping centers*. Na adequada expressão de Vandana Shiva, o resultado de tudo isso é uma crescente ‘**monocultura da mente**’. (grifo nosso) (CAPRA, 2002, p. 222).

Nesse sentido, considerar a “globalização” como troca cultural e econômica entre países, facilitada pelos modernos meios de comunicação e pela tecnologia - que por meio de redes procura unificar os países, identificando-os pela cultura e pelos padrões adotados nos grandes centros - também implica “globalizar” a perda de muita cultura, a qual simboliza e caracteriza determinada sociedade.

- 2 “A globalização está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, ‘globalização’ e o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, a ‘globalização’ e o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; e também um processo que nos afeta a todos na medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos.” (BAUMANN, 1999, p. 7).

Reflexões do “poder simbólico” em relação ao consumo

Uma sociedade, para sua identificação, possui formas de expressões, manifestações e hábitos comuns à coletividade. Este padrão de vida está sendo afetado pelas alterações e imposições trazidas pelo capitalismo e/ou pela globalização. É possível, inclusive, falar-se em consumo cultural.

O consumo necessita ser analisado não somente pelo aspecto econômico, mas como um fenômeno cultural com dimensão simbólica e social, que reflete nas práticas cotidianas.

Com o desenvolvimento industrial, novos valores se formam socialmente, em que “ter” é uma forma de força do indivíduo perante os demais. Busca-se o contínuo aumento da riqueza em relação aos outros; a busca incansável pela riqueza. Percebe-se, na atualidade, a importância da demonstração do poder quando, por exemplo, se oferecem festas para os amigos ou quando se ostenta a riqueza com presentes e outros. Para Touraine, a “sociedade moderna ou industrial não se reduz ao triunfo do cálculo e da autoridade racional legal; ela é obra de empresas, ela é trazida pela consciência nacional, ela é cada vez mais arrastada pelas demandas dos consumidores” (1994, p.143).

A entrada na sociedade de consumo significa, mais que qualquer outra mudança social, a saída da sociedade moderna, uma vez que o que melhor a define é que as condutas são determinadas pelo lugar dos atores no processo de modernização, na frente ou atrás, em cima ou embaixo. Bruscamente, esta armadura social e econômica de condutas se decompõe e o ator se situa pela relação a si mesmo e às mensagens emitidas por um vasto público ou por sua pertença a grupos primários restritos. Leva-se muito longe esta ruptura com a modernidade ao se falar, com Baudrillard, de sociedade de simulacro ou de significantes sem significados, mas estas fórmulas possuem o mérito de insistir em uma perda de

referência social que outras interpretações se esforçam para negar ou esconder. (TOURAINE, 1994, p.152).

O ser humano transforma tudo em objeto e, ao mesmo tempo, é o objeto que ocorre atrás da aceitação da ideologia do consumo. Pode-se, então, inviabilizar a possibilidade de transformação do indivíduo em cidadão, uma vez que se prioriza a mercadoria. Ocorre um distanciamento entre as pessoas que preferem viver cercadas por objetos, em vez de se relacionar com outros indivíduos. O consumo, tal como hoje é posto à disposição das pessoas, com suas normas e exigências por vezes absurdas, pode ser considerado como um dos elementos que contribuem para o isolamento e a para a separação entre as pessoas.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isso significa que o poder simbólico não reside nos <<sistemas simbólicos>> em forma de uma <<illocutionary force>> mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe são sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras. (BOURDIEU, 2000, p.14-15).

O consumo pode ser definido como um ideal que vai além da relação com os objetos e com os indivíduos, se prolongando para todos os registros históricos e culturais. A lógica não é pautada pela presença, ela está no imaginário do ser humano. Nesse sentido o ato de consumir é um ato de satisfação, de realização de desejos que produzem intensas sensações. Os bens simbólicos de natureza cultural podem

ser, por exemplo, o cinema, a música e o teatro, enquanto outros são as mercadorias (físicas).

O simbolismo que o comportamento de consumo e que a ostentação representa é a comparação e a competição entre sujeitos de uma mesma sociedade, impulsionados pela globalização.

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Esse efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário da comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante. (BOURDIEU, 2000, p.11).

O consumo está relacionado com as práticas e as apropriações culturais dos diversos sujeitos envolvidos neste sistema. Por meio dele os sujeitos transmitem mensagens aos grupos socioculturais dos quais fazem parte. Para Bourdieu, as diferentes classes estão envolvidas em uma luta propriamente simbólica para impor a definição do mundo social conforme seus interesses (2000, p.11).

O efeito propriamente ideológico consiste na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência legítima de taxinomias filosóficas, religiosas, jurídicas, etc. Os sistemas simbólicos devem a sua força ao facto de as relações de força que nele se exprimem só se manifestarem neles em forma irreconhecível de relações de sentido (deslocação). (BOURDIEU, 2000, p.14).

Atualmente, o ser humano está colocado neste centro em que a compressão tempo/espço tem mostrado as várias faces das transformações que estão ocorrendo nas

condições humanas. Onde antes havia concentração de indivíduos, favorecendo a ação política, hoje há dispersão. Os espaços públicos estão cada vez mais sendo substituídos por espaços privados e os que existem tendem a ser cada vez mais elitizados, aumentando o poder dos mais fortes e enfraquecendo os despossuídos. Cada vez mais o ser humano tem sido aviltado em seus direitos, tem sido espoliado de sua condição de liberdade para agir e decidir, mostrando que a globalização não beneficia a todos de maneira uniforme.

Segundo Bauman (1999, p. 8), “A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”. Assim, a globalização, neste aspecto, ao mesmo tempo une ou desune as pessoas, mostrando que o “consumir”, o “adquirir”, cada vez mais é uma forma de sentir-se dentro desse mundo globalizante, além de evidenciar que uma grande parte da população não consegue exercer os seus direitos e, conseqüentemente, sua cidadania.

As nações se definem mais por uma cultura do que por uma ação econômica; as empresas visam tanto ao lucro e ao poder quanto à organização racional da produção; os consumidores introduzem nas suas escolhas aspectos cada vez mais diversos de sua personalidade à medida que seu nível de vida lhes permite satisfazer necessidades elementares e, portanto, menos enquadradas nas regras e nos estatutos tradicionais (TOURAINÉ, 1994).

O consumo não deve ser visto somente como uma posse de objetos isolados, mas também como “apropriação coletiva” destes. Este processo considera relações de solidariedade e, principalmente, de distinção, por meio de bens e mercadorias que satisfazem no plano biológico e no simbólico, servindo também para enviar e receber mensagens.

O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível transfigurada e legitimada, das outras formas de poder: só pode passar para

além da alternativa dos modelos energéticos que descrevem as relações sociais como relações de força e dos modelos cibernéticos que fazem das relações de comunicação, na condição de se descreverem as leis de transformação que regem a transmutação das diferentes espécies de capital em capital simbólico e, em especial, o trabalho de dissimulação e de transfiguração (numa palavra, de *eufemização*) que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força fazendo ignorar-reconhecer a violência eu elas encerram objectivamente e transformando-as assim em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia. (BOURDIEU, 2000, p.15).

Bourdieu substitui a noção de sociedade pela a de campo e espaço social, sendo que cada campo prescreve os seus próprios valores e princípios de regulação, no entendimento de que no mundo social ocorrem apenas relações, não interações entre agentes ou laços subjetivos entre indivíduos, mas sim relações objetivas que existem independentemente da consciência e do desejo individual. Concebe campo social como um ambiente de distintas e desiguais formas de poder, configurando um campo de forças e de lutas construído pela ação de agentes que se enfrentam com meios e fins diferenciados, segundo posições relativas em espaços de relações. O pressuposto de que “cada campo desenvolve valores particulares com base em princípios de regulação próprios, que delimitam um espaço socialmente estruturado no qual os agentes lutam, dependendo das posições que ocupam no campo, seja para mudar, ou seja, para preservar seus limites e forma” (2000).

Tratando-se de pensar o mundo social, nunca se corre o risco de exagerar a dificuldade ou as ameaças. A força do pré-construído está em que, achando-se inscrito ao mesmo tempo nas coisas e nos cérebros, ele se apresenta como as aparências da evidência, que passa despercebida porque é perfeitamente natural. A ruptura é, com efeito, uma conversão do olhar e pode-se dizer do ensino da pesquisa em sociologia que ele deve em primeiro lugar <<dar novos olhos>> como dizem por vezes os filósofos iniciáticos. Trata-se de produzir, senão <<um

homem novo>>, pelo menos, <<um novo olhar>>, um olhar sociológico, uma revolução mental, uma mudança de toda a visão do mundo social. (BOURDIEU, 2000, p.49).

Com outra visão, Giddens entende que o campo, nas etapas iniciais do seu processo de formação, ainda não conformaria um padrão de homogeneidade. Porém, à medida que se estrutura, encontra respaldo nas ações de indivíduos e no processo histórico das organizações e das suas relações, geradoras de padrões de coalizão bem definidos (1997).

Percebe-se que a sociedade demanda a participação de atores sociais com capacidade de adaptação e criatividade para sobreviver neste espaço de mudanças e competitividades. Um movimento reflexivo, pois:

O ator não é mais a razão ou a tradição, como pensava Weber; ele é a busca dele mesmo e sedução, agrupado e espectador, habitante do ecossistema ou membro de um bando. Este mundo do consumo é tão estranho ao da empresa quanto ao da nação. Ele encontra mais facilmente o mundo da libido, se bem que ele esteja muito mais distanciado dele do que acreditam aqueles que falam de erotização do consumo. Erro, nação, empresa e consumo são os fragmentos da modernidade que era racionalização e identificação do ser humano e dos papéis sociais. A lógica da produção e do consumo são hoje estranhas uma à outra. Elas não se correspondem mais – ao menos na ideologia oficial – a não ser dentro dessa caricatura das sociedades modernas que são as sociedades comunistas que desabam debaixo de nossos olhos. (TOURAINÉ, 1994, p.152-153).

O poder simbólico reconstrói as necessidades sociais, fornecendo uma nova percepção de mundo. Tudo é muito dinâmico e envolvente. As articulações ocorrem por meio de estratégias de dominação estruturadas para essa finalidade e que passam “despercebidas pelo ator”.

Segundo Touraine,

Este é domínio onde a ruptura entre o sistema e os atores parece ser mais difícil de se conceber. Nossas idéias sobre o consumo foram dominadas durante muito tempo por dois

tipos explicações: de acordo com o primeiro, o consumo tem a forma de uma escada que vai dos bens mais indispensáveis, a alimentação, aos que comportam a maior parte da livre escolha, os lazeres, passando pela vestimenta e a habitação; de acordo com o segundo, o consumo é a linguagem do nível social, porque o que cada um de nós acredita ser seu gosto é determinado pelo lugar que ele ocupa na sociedade e sua tendência de subir ou de descer, de sorte que o consumo aparece estreitamente determinado pelo status social. (TOURAINÉ, 1994, p.151-152).

É notório destacar que as disputas por posições hierarquizam. A forma de como consumir ou o que consumir diferencia as pessoas e ao mesmo tempo aproxima grupos, criando classes e valores. Há uma imposição da classe minoritária sobre a classe popular que possui maior capital cultural.

As lutas a respeito da identidade étnica ou regional, quer dizer, a respeito de propriedades (estigmas ou emblemas) ligadas à origem através do lugar de origem e dos sinais duradouros que lhe são correlativos, como o sotaque, são um caso particular das lutas das classificações, lutas pelo monopólio de fazer ver e fazer crer, de dar a conhecer e de fazer reconhecer, de impor a definição legítima das divisões do mundo social e, por este meio, de fazer e de desfazer os grupos. Com efeito o que nelas está em jogo é o poder de impor uma visão do mundo social através dos princípios da divisão que quando se impõe ao conjunto do grupo, realizam o sentido e o consenso sobre o sentido e, em particular, sobre a identidade e a unidade do grupo, que fazem da realidade da unidade e da identidade do grupo. (BOURDIEU, 2000, p.113).

A posição socialmente ocupada pelos agentes e o grupo que pertencem se relaciona diretamente aos aspectos assimilados no âmbito cultural, social e econômico.

O consumo que se pode chamar de tradicional ou subordinado às atividades de produção tinha três orientações principais: a reprodução da força de trabalho, a simbólica do nível e a relação com o mundo não utilitário das idéias. O consumo que se chama de massas - se bem que ele não seja, evidentemente, desconectado dos

rendimentos - possui também três aspectos: a reprodução física e cultural sucede a formação de novas comunidades ou tribos; a hierarquização social de consumos é substituída pelo nascimento do prosumer, segundo a palavra de Tofler, isto é, do consumidor que é ao mesmo tempo a finalidade da empresa de produção, aquilo que define o aluno ou estudante, o doente no hospital ou o público na televisão; e o apelo à cultura elevada transforma-se em defesa e afirmação da personalidade individual. Do lado novo, como do antigo, o consumo é, às vezes, defensivo, às vezes imitativo e às vezes libertador; mas o mais importante para a nossa análise é que, de um universo de consumo ao outro, o consumidor se desprende do seu lugar na ordem social. O ator se desprende do sistema (TOURAINÉ, 1994).

O simbólico é um tipo de poder que se faz reconhecer e obter o reconhecimento; induz a ignorar a verdade do poder e da violência arbitrária, e cuja eficácia não se exerce no plano da força física, mas sim no do sentido e do conhecimento. É um poder não perceptível exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. Os agentes apreendem os objetos ofertados simbolicamente por meio dos esquemas de percepção e de apreciação e fornecem sentidos e significados distintos a suas práticas, o que os diferem dos demais e acaba gerando a criação de poderes e hierarquias.

Considerações finais

Alguns pontos merecem destaque no trabalho apresentado sobre o poder simbólico do consumo na globalização. No entanto, enfatiza-se que não se pretendeu chegar a conclusões, mas a reflexões sobre o tema.

O consumo, mesmo que não possa ser efetivamente exercido, está presente no imaginário e se transforma em desejos, como as demais construções sobre a vida humana

e a natureza. É parte da cultura atual, sendo uma prática bastante incentivada pelo sistema, que tenta padronizar fornecendo a sensação de igualdade entre todos. O capitalismo cria mecanismos de distinção, muitas vezes sutis, entre os grupos socioculturais.

As necessidades básicas são inventadas, sustentadas e praticadas culturalmente. Para Bourdieu, há um sistema de representação no qual estão inteiramente diluídas, criando relações de poder. As ações e as interações dos grupos sociais no plano simbólico e econômico ocorrem em razão da imposição das regras pelo grupo dominante.

As percepções e as sensações criadas no interior do simbólico do consumo estão relacionadas a um determinado espaço físico. O campo simbólico possui particularidades, adaptando-se aos aspectos locais nos quais ele foi criado.

A diferente localização dos grupos nessa estrutura social deriva da desigual distribuição de recursos e poderes de cada ser humano. Assim, a posição de privilégio ou não privilégio ocupada por um grupo ou indivíduo no campo social é definida de acordo com o volume e a composição de um ou mais capitais adquiridos e/ou incorporados.

As preferências têm o poder de unir todos aqueles que se identificam, distinguindo, todavia, todos aqueles que não pertencem ao campo simbólico do consumo imposto, propagando diferenças inevitáveis.

A influência para o consumo é muito forte na globalização. Todos os membros, ricos ou pobres, consomem de alguma forma, independente de sua condição financeira, para satisfazer aos desejos, muitas vezes acima das necessidades reais.

Ao tentar padronizar, o mercado procura tornar os consumidores cada vez mais vinculados diante da grande massa de opções, criando necessidades permanentes que devam ser buscadas. A realização destas necessidades fornece a “falsa” inclusão na sociedade.

Mas não basta consumir para se tornar parte da sociedade. O próprio mercado de consumo cria estratégias para definir quem faz parte dela, criando grupos específicos de consumidores, seja de objetos (carros, roupas...), seja de gostos (música, teatro...). Assim, a globalização fornece a sensação de que todos são iguais.

Pelo exposto, destaca-se que o consumidor é um cidadão que merece ser respeitado em suas peculiaridades e é também um agente social. Isto significa que ao consumidor não é proibido o consumo de bens materiais ou imateriais, mas que este seja realizado priorizando suas necessidades e que este consumo não prevaleça sobre a coletividade em que está inserido, desconsiderando a cultura da mesma. É um processo educacional a longo prazo.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 2000. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

CAPRA, Fritjof. A. **As conexões ocultas**, ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002. 296 p.

GIDDENS, Anthony. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001. 306 p.

RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento**: os países inviáveis no século XXI. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

SARRETA, Cátia Rejane Liczbinski. **Meio Ambiente e Consumo Sustentável**: direitos e deveres do consumidor. Passo Fundo: UPF. 2007.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

Sociedade da informação: os contratos eletrônicos e a proteção jurídica da intimidade

¹Nadya Regina Gusella Tonial

*^{2**}Eliane Bacarin*

Introdução

A sociedade da informação surgiu após a sociedade industrial quando, além de observar a produtividade, o setor econômico deu ênfase ao conhecimento e a evolução tecnológica. Nesse viés, o desenvolvimento da informática resultou na propagação do conhecimento e da informação, de modo acelerado e ininterrupto.

Essa crescente evolução tecnológica influenciou a prática das relações contratuais, fazendo com que fossem celebradas, cada vez mais, por meio eletrônico, de forma prática e célere. O meio virtual¹ destacou-se como um novo modo de efetuar transações negociais decorrentes de um momento social de mudanças intensas e incessantes, em que as noções de tempo e espaço foram alteradas, que pode ser denominado de pós-modernidade.

Compreende-se o pós-modernismo como o momento social atual marcado por inúmeras mudanças nas ciências,

1 Professora da Faculdade de Direito da UPF, Mestre em Direito pela UNISINOS e Advogada. E-mail: nadya@upf.br Endereço: rua Tiradentes, 444 – Casca, RS.

2 ** Acadêmica do nível X da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca – RS. E-mail: eliane.bacarin@hotmail.com. Endereço: Rua Veranópolis, 573 - Bairro São Cristovão, Nova Prata, RS.

nas artes e na sociedade, pairando dúvida se deve ser tratado como decadência ou renascimento cultural. (SANTOS, 2004, p.7-8). Assim, a sociedade encontra-se diante de “um tempo de mudança², de crise, de morrer ao tradicional, de abandonar o velho e abraçar o novo, de quebrar paradigmas e estabelecer novas formas de vida e valores. É tempo de ser diferente, de inventar diferenças e conviver pacificamente com o diferente”. (BARTH, 2008, p. 03).

Ainda, a pós-modernidade trouxe consigo a teoria da cultura ao consumo colocando em evidência o relacionamento entre sociedade, cultura e economia, revelando “que o mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação são centrais para a compreensão da sociedade contemporânea”. No âmbito econômico verifica-se a “simbolização e o uso dos bens materiais como ‘comunicadores’, não apenas como utilidade”, já na economia de bens culturais os princípios de mercado (oferta, demanda, acumulação de capital, competição e monopolização), “operam ‘dentro’ da esfera dos estilos de vida, bens culturais e mercadorias”. (FEATHERSTONE, 1995, p. 121).

Explica Barth que o consumismo “representa a fórmula pós-moderna da liberdade” (2008, p.7), assim, no mundo dos consumidores as “possibilidades são infinitas, e o volume de objetivos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido”. Os utensílios possuem data de validade, porém muito antes de atingir o final de sua vida útil³ são descartados⁴ e substituídos por outros mais modernos e aperfeiçoados. (BAUMAN, 2001, p. 85-86). A “sociedade de consumo precisa de seus objectos para existir e sente sobretudo necessidade de os *destruir*”, para que sejam novamente adquiridos. (BAUDRILLARD, 2012, p. 46).

A relação estabelecida entre felicidade e consumo ocorre considerando que “a sociedade é ligada pela ideia de progresso como sinônimo de melhoria das condições de vida. Por sua vez, a felicidade liga-se a um cotidiano confortável, em função dos objetos de consumo”. (GREGORI, 2010, p. 247-257).

Logo, as pessoas passaram a consumir de acordo com seus desejos, entendendo que o prazer imediato e o constante bem-estar representam a razão de viver. O comportamento do consumidor passou a ser gerado pelo desejo de ter e, depois, pelo desejo de ser.⁵ O importante é ter cada vez mais uma vida melhor e isto implica em consumir.

Assim, com a adoção de novas tecnologias digitais “como internet e celular, apareceu um consumidor digital, multicanal e global” (GREGORI, 2010, p. 249-250) e a satisfação dos desejos, nas relações de consumo, foi instigada ainda mais pelo “bombardeio dos veículos de comunicação em massa” (CORRALO, 2010, p. 49), que apresentam produtos e serviços novos para atrair o consumidor.

Portanto, a sociedade pós-moderna criou a concepção de que as pessoas necessitam estar a todo o momento consumindo, para que consigam sentir a sensação de felicidade. Nesse cenário consumista, destaca-se a contratação eletrônica, que propicia praticidade e comodidade às partes na celebração do contrato, incentivando cada vez mais a prática do consumo.

Os contratos eletrônicos

No cotidiano, desde o momento em que acorda até o horário de dormir, a pessoa celebra inúmeras relações de consumo, muitas vezes sem perceber. Pode-se consumir adentrando em um estabelecimento comercial, ou quando o vendedor vai ao encontro dos consumidores, em casa ou no trabalho, também quando são contratadas prestações de serviços básicos, como o fornecimento de água e energia elétrica, e ainda pelo comércio eletrônico, que é realizado sem deslocamento físico, com agilidade e rapidez, pela internet.

A contratação por meio eletrônico mudou a noção de espaço, permitindo celebrar contratos em qualquer lugar do mundo, transformando, os incluídos digitais em consumidores potenciais. Diante dessas profundas alterações sociais, grande parte das relações comerciais passou a ser celebrada por meio eletrônico, dispensando o uso dos modos tradicionais que utilizam o papel e a assinatura convencional.

Constata-se uma revolução no conhecimento e no mundo atual, passando “dos átomos para os *bits*.” Antes os bens tinham seu valor definido em função das características físicas ou químicas da matéria que os formavam. Com isso, as normas jurídicas foram criadas para disciplinar as condutas que se relacionavam com os bens, “objetos móveis ou imóveis, utilizando-se dos contratos, que representavam o vínculo jurídico e o documento redigido em papel, por meio de algumas formalidades”. (GRECO, 2000, p. 16-17).

No entanto, com a revolução tecnológica trazida pela informática, “o conceito relevante não é mais o de átomo⁶, mas sim o de *bit*”⁷, pois o virtual passou a ter valor próprio, independentemente do corpo físico ou da sua transmissão. Atualmente, a mensagem ou informação tem valor independente, visto que os interesses jurídicos, direitos e deveres, possuem como objeto a informação ou mensagem, e não os meios em que se apresentam. (GRECO, 2000, p. 16-17).

No final do Século XX e início do Século XXI, a tecnologia tornou-se fundamental para o desenvolvimento industrial e o fomento do comércio, momento que grande parte das transações começou a ser realizada eletronicamente, principalmente as que envolvem atividades econômico-financeiras.

Desse modo, a era da informação transformou o planeta num ambiente comum, confundindo os mercados e fazendo com que as fronteiras geográficas perdessem a importância, visto que nessa “sociedade da informação”,⁸ a riqueza econômica e a concentração de poder não têm mais por pressuposto a detenção de terras ou dos meios de

produção, mas sim a possibilidade de acesso às tecnologias de produção e, especialmente, ao mercado consumidor, ou seja, à própria informação. (LEAL, 2007, p. 6).

Nessa senda, os documentos eletrônicos possuem o mesmo valor probante dos gerados pelas formas tradicionais em todos os efeitos jurídicos. A distinção entre um contrato tradicional e um contrato eletrônico em geral é apenas o meio utilizado, ou seja, “a comunicação através da geração de impulsos elétricos, de modo a dispensar a presença das partes e dos bens ou serviços contratados”. (MONTENEGRO, 2003, p. 48).

Segundo Marques, o comércio eletrônico pode ser visto de uma maneira estrita, como “uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica” (2004, p. 38) e encontram fundamento nos princípios contratuais da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, da obrigatoriedade dos contratos, da relatividade dos efeitos do contrato, da função social dos contratos, do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva. Também são orientados por princípios próprios dessa modalidade, sendo eles, a identificação, a autenticação, o impedimento de rejeição, a verificação e a privacidade. (VENTURA, 2001, p. 46-47).

Ressalta-se que a principiologia específica é necessária para dar eficácia e exigibilidade aos contratos eletrônicos, uma vez que a “ausência de assinatura escrita, a dificuldade de identificação do momento exato de formação do contrato e a falta de normatização da matéria”, podem comprometer a segurança na utilização dos contratos eletrônicos. (ALMEIDA, 2002, p. 85).

Destarte, para que os contratos eletrônicos sejam válidos é imprescindível a presença dos requisitos⁹ que lhes asseguram a validade jurídica, como a capacidade das partes, o objeto lícito, a forma prescrita e o consentimento.

Com relação a oferta por meio eletrônico verifica-se que deve ser interpretada como entre presentes, nos contratos eletrônicos interpessoais, “embora o Código Civil a ela não tenha aludido.” (LÔBO, 2011, p. 94). Já, no que tange à formação dos contratos eletrônicos, surgem indagações quanto a serem celebrados entre presentes ou ausentes. Para tal resposta, resta necessário definir a natureza jurídica da internet, ou seja, se ela é um lugar ou um meio. Se for compreendida como um lugar¹⁰, tanto a proposta quanto a aceitação serão realizadas no mesmo local: a internet. Neste caso, é considerado um contrato entre presentes. No entanto, sendo definido como meio, a proposta e a aceitação são realizadas em lugar diverso, e, por isso, o contrato deve ser considerado como celebrado entre ausentes. Contudo, não existe nenhuma lei que defina se é um meio ou um lugar, gerando controvertidas posições. (VENTURA, 2001, p. 49-56).

Admite-se a classificação dos contratos eletrônicos, vez que a utilização do computador conectado em rede para a manifestação da vontade pode ser realizada de várias maneiras, surgindo características que diferem os pactos pelo modo empregado na declaração de vontade. Dessa forma, podem ser classificados como contratos eletrônicos intersistêmicos¹¹, interpessoais¹² e interativos¹³. (BARBAGALO, 2001, p.48-51).

Os contratos eletrônicos são fundamentados nas mesmas diretrizes de uma relação contratual convencional, ou seja, a eticidade, a socialidade e a equidade. Todavia pela sua forma é necessária a observância de regras próprias, aplicáveis com exclusividade, para que os mesmos possam oferecer praticidade aliada à segurança jurídica.

Portanto, essa inovação tecnológica e a produção em massa provocaram transformações na estrutura social, gerando o desenvolvimento em alta escala, sem, muitas vezes, observar os direitos consagrados constitucionalmente, o que pode resultar num desequilíbrio das relações de consumo.

O direito à intimidade das partes nos contratos eletrônicos

A garantia constitucional do direito à intimidade da pessoa pode ser ameaçada, se o comércio eletrônico, que detém grande quantidade de dados em seus arquivos, utilizá-los de forma indevida. De um modo geral, a sociedade não tem noção dessa situação, bem como, não existe um controle adequado ou uma legislação que determine as regras quanto a sua utilização. Assim, não há disponibilidade de meios seguros para garantir este direito fundamental.

O desenvolvimento da ciência e da sociedade gerou a necessidade de proteção ao direito à intimidade em face da complexidade das relações, bem como do alto contato social. A tutela da intimidade se torna imperiosa em face do crescimento das relações comerciais eletrônicas que criam bancos de dados e, por vezes, tais informações são utilizadas de forma diversa ao mencionado no momento da sua contratação.

Consideram-se como de personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana estabelecidos no ordenamento jurídico para defender os valores inatos ao homem como a vida, integridade física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e muitos outros. (BITTAR, 1995, p. 1). “São direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral”. Possuem certas particularidades como a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade e como constituem direitos inatos cabe ao Estado reconhecê-los e sancioná-los. (BITTAR, 1995, p. 5-7).

Desde o nascimento com vida a pessoa adquire os direitos essenciais definidos como direito de personalidade, que integram o patrimônio pessoal, ou seja, todas as “faculdades que concernem à individualidade de cada pessoa: direito à vida, à integridade física e psíquica, à dignidade

de pessoa humana, que pressupõe a preservação de valores fundamentais como a honra, a liberdade, o recato.” (SILVA, 1998, p. 6-7). São direitos considerados essenciais à pessoa humana com a finalidade de preservar a sua dignidade.

Quando não protegidos estes direitos fundamentais, ou seja, quando estas condições mínimas para garantir a dignidade não forem asseguradas e minimamente respeitadas, não haverá “espaço para a dignidade da pessoa humana” que será tratada como objeto propício à injustiças. (SARLET, 2001, p. 59).

O direito à vida privada e, também, o direito à intimidade¹⁴ pertencem ao rol dos direitos de personalidade. A ideia de privacidade está positivada no direito constitucional no artigo 5º inciso X, visando “a proteção dos particulares modos de ser da pessoa humana, manifestados no âmbito de relações reservadas a si e aos entes que lhe são afeiçoados, cujo conhecimento, sem o consentimento do titular, torna-se inacessível ao público”. A vida privada contém a independência do homem livre perante o Estado, possuindo o direito de tomar decisões sobre assuntos íntimos ou existenciais. (MARTINS, 2002, p. 338-339). Pode ser considerado, ainda, como o “direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade.” (BITTAR, 1995, p. 104). Na sociedade da informação “prevalecem definições funcionais da privacidade, referidas à possibilidade de um sujeito de conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações que lhe dizem respeito”. (MARTINS, 2003, p.48-49).

Destaca-se que o direito à intimidade vem assumindo maior importância frente à expansão das técnicas de comunicação e da ampliação do círculo relacional do homem, tendo presente a exposição perante públicos distintos na vida social, negocial ou de lazer, ou seja, decorrentes do alto contato social, em especial pela internet. (BITTAR, 1995, p. 103).

Desse modo, o uso da informática nos contratos necessita de regulamentação, evitando agressões à vida

privada, protegendo o direito da pessoa de verificar quais foram os dados recolhidos, o de exigir e obter a correção e atualização dos dados, a limitação do direito de acesso à informação aos casos que exista interesse público e a utilização dos dados de acordo com a finalidade para que foram recolhidos. A informática violará a intimidade quando não observado o recolhimento e armazenamento dos dados sem o consentimento do titular, na acumulação de informações falsas ou ainda, quando, ocorrer à utilização de informações com finalidade distinta daquela para qual foi recolhida e estas forem armazenadas por tempo superior ao necessário. (LORENZETTI, 1998, 496-497).

Ressalta-se que o cidadão possui o direito ao segredo de informação armazenada e ao sigilo de dados contidos no meio eletrônico, gozando da proteção geral advinda do princípio constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, evitando a ameaça de invasão em sua vida particular.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais vêm passando por diversas transformações quanto ao conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. A par das três gerações reconhecidas pelo direito, alguns doutrinadores já defendem a existência de uma quarta e uma quinta dimensões, que, no entanto, por serem atuais, contêm divergência entre os entendimentos dos estudiosos em estabelecer se formam uma nova categoria, ou se fazem parte da terceira geração. (SARLET, 2009, p. 45).

A partir dessa terceira dimensão os autores passam a identificar outras, que embora não sejam reconhecidas por unanimidade, podem ser explicadas uma vez que “... os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem... ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências...”. (BOBBIO, 2004, p. 6).

Em razão das mudanças das condições sociais, surgem os carecimentos e para tanto, torna-se necessário repensar o direito e criar novas formas de reconhecimento dos direitos fundamentais, para que se possa proteger o ser humano.

No que tange aos direitos de quinta geração, buscam garantir o homem frente à realidade virtual. Os mesmos advêm da tecnologia da informação, ciberespaço e frente à realidade eletrônica que implicam no rompimento de barreiras tradicionais, estabelecendo relações entre diversos países com realidades distintas por meio da internet. (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 86).

Salienta-se que o direito à informática “cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação e etc.” possui estreita vinculação com os direitos de liberdade e com as garantias de privacidade e intimidade, surgindo dúvida quanto ao enquadramento nos direitos de terceira geração. (SARLET, 2009, p. 49).

Desse modo, o direito à intimidade, estabelecido na Constituição Federal, precisa ser interpretado sob uma visão hermenêutica e a criação jurisprudencial deverá reconhecer novas funções e conteúdo a esse direito, levando em consideração a comunicação global criada pela internet, por meio das redes sociais, bem como pelo armazenamento de dados confidenciais das pessoas.

Assim, as transformações tecnológicas e a evolução da sociedade com a utilização da informática são constantes, no entanto é indispensável manter o respeito às garantias constitucionais, num processo evolutivo e não de retrocesso. Não se pode desconsiderar a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, visto que prevalece o fundamento do Estado Democrático de Direitos, com o respeito à dignidade de cada ser humano. Com essa harmonia poderão ser usufruídos os benefícios econômicos e sociais da utilização do meio tecnológico da internet e ao mesmo tempo garantir a preservação da intimidade do cidadão.

Aspectos positivos e negativos da contratação eletrônica e seus reflexos no direito à intimidade

Busca-se diariamente a realização de atividades de forma acelerada, objetivando garantir o cumprimento de todas as tarefas. Desse modo, a utilização do meio eletrônico cresce e se moderniza conforme as necessidades da sociedade e do próprio mercado. Porém, as alterações nessa tecnologia não suprem a segurança dos indivíduos quando se trata dos dados disponibilizados e da garantia da inviolabilidade do direito à intimidade.

Observa-se a vantagem da contratação eletrônica, pois a evolução tecnológica e de monitoramento proporcionou uma diminuição no tempo e nas despesas de busca, assim, as pessoas possuem as informações com maior agilidade e com baixo custo econômico. (FINKELSTEIN, 2004, p.139). Além disso, as contratações eletrônicas são formadas fora do estabelecimento do fornecedor, constituindo contratos realizados a distância, aplicando-se o Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o que faculta ao consumidor o direito ao recesso, ou seja, o direito de arrependimento, permitindo que o contratante de um produto ou serviço, arrependa-se da relação comercial e possa desistir do contrato, no prazo legal. (ANDRADE, 2004, p. 113).

As negociações passaram a ser mais rápidas, em tempo real, e as distâncias foram desaparecendo, proporcionando o conforto de poder realizar os negócios sem se deslocar do local de trabalho ou de descanso. Esse sistema, também, proporciona economia, uma vez que se ganha tempo e, consequentemente dinheiro, com uma forma rápida de celebração de negócios. (VENTURA, 2001, p.69). Elimina-se a utilização de papéis, diminuindo o tempo na realização das operações, bem como, minimizando a possibilidade de erros nas mesmas, e com isso evitando a redigitação de faturas, o que agiliza o atendimento dos pedidos. Ainda,

possibilita a diminuição de áreas de estoque e traz menores custos administrativos. (JUNQUEIRA, 1997, p. 64).

Esta praticidade e disponibilidade do meio informático proporcionam ao público consumidor, a possibilidade de pesquisa de produtos e serviços e dos preços praticados no mercado, promovendo assim a livre concorrência e a comercialização por valores justos, uma vez que os mercados, que até então eram exclusivos, encontram, agora, certa concorrência. Tal fato auxilia para que a comercialização seja efetuada de forma não abusiva.

A relação entre o direito à intimidade e a informática também apresenta duas faces. O ponto positivo se configura com o “resguardo geral dos dados, em particular dos dados sensíveis”. Já o ponto negativo, se caracteriza pelo “direito de acesso aos dados e pelo direito ao esquecimento”, esse último dificilmente ocorre, uma vez que, os dados permanecem armazenados por longos períodos. (LIMBERGER, 2007, p. 51-52).

Os riscos ou aspectos negativos para os consumidores nas negociações por meio eletrônico são a impossibilidade de experimentar ou ver o produto, risco de se arrepender do negócio, de contratar com fornecedores de má-fé ou falsários, perder os valores pagos, a demora na entrega do produto ou serviço, riscos com os dados pessoais enviados, podendo haver a utilização deles, das senhas e dos dados financeiros. (MARQUES, 2004, p. 52).

Outro fator de insegurança é a falta de regulamentação legal. Pela carência legislativa, “as pessoas não podem, ainda, confiar, nos resultados prometidos pelo sistema. Infelizmente, existe uma relativa dificuldade para se fazer prova dos direitos e deveres contraídos através de contratos eletrônicos”. (VENTURA, 2001, p. 70).

Ainda, o documento eletrônico realizado numa rede aberta e não totalmente segura, como a internet, pode ter sua função representativa afetada por vários fatores de riscos, como, a alteração da mensagem, seja de forma acidental,

seja de forma maliciosa, ao longo da transmissão; a negação do emissor da mensagem de tê-la emitido ou do destinatário negar de tê-la recebido; a leitura do conteúdo da mensagem por pessoa não autorizada. (MARTINS, 2003, p. 66).

Neste sentido, destaca-se a existência dos *hackers*,¹⁵ que são indivíduos “que tem a intenção, através do computador, de adentrar um sistema sem ter autorização”. As intenções do *hacker* podem ser diversas, pretendendo obter uma informação particular dentro do sistema, somente lendo-a, ou agindo com fins ilícitos, como o de “extorquir alguém, ter acesso a mensagens particulares, furtar informações de grande valor pecuniário, destruir dados, disseminar vírus e muito mais, querendo, muitas vezes, obter lucro”. (CORREIA, 2002, p. 57).

Do mesmo modo, o tempo é relevante na determinação do momento da aquisição ou extinção dos direitos e na vigência das leis e dos negócios jurídicos para a contagem do prazo. O local onde ocorre a relação jurídica, também, é de extrema importância para o direito, definindo com ele a lei aplicável e o foro competente para a solução de conflitos. Porém, as relações efetuadas por meio eletrônico, desafiam os conceitos de tempo e de espaço, uma vez que podem ocorrer em diversos lugares do mundo, e que em razão de fuso horário, por exemplo, um dos contratantes poderá encontrar-se em determinado dia e a outra parte no dia seguinte ou, dia anterior. (LEAL, 2007, p. 23-24).

Também, a privacidade na internet é invadida quando o usuário recebe muitos *e-mails* ou *spams*¹⁶ sem pedir ou desejar. Nesse caso, a privacidade do usuário garantida pela Constituição Federal, que determina invioláveis a intimidade, a casa e o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, não é respeitada e, por vezes, ele tem seus dados pessoais e hábitos de consumo comercializados. (FINKELSTEIN, 2004, p. 141-142).

Nessa senda é fundamental indagar como determinadas propagandas ou mensagens chegam à caixa de *e-mail* e como foi adquirido este endereço particular. Os *spams*, além de invadir a privacidade causam prejuízos financeiros, eis que abalam a confiança na rede, transmitem vírus para o computador, causando repúdio a todos que o recebem. Ainda, ocupam espaço na caixa de entrada, nas contas de *e-mail*, muitas vezes impedindo que mensagens importantes cheguem ao usuário, pois alguns provedores possuem espaço limitado para a caixa postal. O usuário perde tempo tendo que apagar as mensagens recebidas sem a solicitação e as mesmas podem degradar o desempenho dos sistemas e redes. (SALVOV, 2009, p. 68).

Logo, percebe-se que os bancos de dados são utilizados para aumentar as vendas de produtos nos *sites* direcionados ao comércio eletrônico, no entanto, não é clara a sua exata forma de utilização e se estas informações são ou não repassadas para outros *sites* ou mesmo ao poder público, sem ordem judicial. (FINKELSTEIN, 2004, p. 144).

Atualmente a privacidade está sendo ameaçada pelo comércio via internet que se transformou num mercado, possibilitando o acúmulo de informações de forma ilimitada, sobre a vida de cada indivíduo, isto é, “suas condições físicas, mentais, econômicas, ou suas opiniões religiosas e políticas” e ainda, a possibilidade de “confrontar, agregar, rejeitar, e comunicar as informações assim obtidas.” (PAEZINI, 2000, p. 51).

O resguardo da privacidade deve ocorrer em face dos dados contidos e armazenados eletronicamente, que de modo geral contém informações pessoais dos usuários que ao endereçarem a aceitação de um produto ou serviço, preenchem cadastro incluindo: o nome, profissão, sexo, idade, endereço, etc., possibilitando a análise de suas vidas. Tais cadastros podem dar origem a um cruzamento de informações e serem vendidos como preciosa informação para alavancar o consumo.

Os dados armazenados traduzem aspectos da personalidade e revelam comportamentos e experiências, possibilitando traçar “um perfil psicológico dos indivíduos”. Assim, podem ser detectados “hábitos de consumo, que têm grande importância para a propaganda e o comércio”. Por meio dessas informações é possível produzir “uma imagem total pormenorizada da pessoa, que se poderia denominar de traços de personalidade, inclusive na esfera da intimidade.” (LIMBERGER, 2007, p. 58).

Deste modo, as novas tecnologias tornam as informações uma riqueza fundamental da sociedade. “Os programas interativos criam uma nova mercadoria. O sujeito fornece os dados de uma maneira súbita e espontânea e, por conseguinte, depois que estes estão armazenados, esquece-se de que os relatou.” Por isso, torna-se um desafio oferecer a proteção à intimidade com relação a estes serviços, evitando que o cidadão seja transformado em números, como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos, servindo apenas, para a sondagem de opiniões e perfis de consumo. (LIMBERGER, 2007, p. 58-60).

As invasões da intimidade, muitas vezes ocorrem, sob alegação de se tratar de caso de interesse público, que passa a utilizar a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa sem observar outras garantias constitucionais. (AIETA, 1999, p. 179). O interesse público é de extrema importância, no entanto, não pode ser utilizado de forma totalitária e em condutas impróprias sobre a sociedade. As pessoas devem ter seus direitos garantidos para que o convívio seja possível de forma harmônica, segura e confiável.

Apesar dos avanços tecnológicos e dos meios disponíveis, a segurança jurídica na contratação eletrônica apresenta-se de forma relativa, uma vez que os sistemas e medidas não são absolutamente seguros. Por um lado, empresas e especialistas desenvolvem sistemas de segurança cada vez mais sofisticados para a proteção das operações, por outro,

há “quem trabalhe intensamente com o propósito de violar o acesso a tais sistemas de segurança e várias são as razões deste intento”. (MARTINS; MACEDO, 2002, p. 57).

A necessidade de proteção jurídica ao cidadão se origina do valor econômico que os dados possuem e da possibilidade de sua comercialização. Visa-se resguardar a pessoa com relação aos dados informatizados, pois um arquivo informatizado pode guardar um número ilimitado de informações. Deste modo, o “indivíduo que confia seus dados deve contar com tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado”. (LIMBERGER, 2007, p. 59-60).

Para que tal barreira seja superada, tornam-se necessários investimentos em segurança, que ao serem efetuados, promoverão a mudança cultural do consumidor de forma natural em face da aquisição por meio eletrônicos. (FINKELSTEIN, 2004, p. 60). Diante desta insegurança foram desenvolvidos instrumentos tecnológicos para minimizá-la, dentre eles, destacam-se: as tecnologias biométricas¹⁷, a criptografia¹⁸, a assinatura digital¹⁹, a certificação digital²⁰, a esteganografia²¹ e a utilização de senhas²². (LEAL, 2007, p. 158-159).

Contudo, apesar das inúmeras alternativas de técnicas de segurança, os consumidores não aderiram as mesmas, preferindo as técnicas menos complicadas como o uso de senhas, que não se revelam completamente seguras, bastando algumas investigações sobre o usuário para descobri-las, uma vez que os mesmos, em grande parte das situações, utilizam datas importantes, nomes de pessoas próximas, ou mesmo de animais de estimação, como código secreto.

Atualmente, o cidadão brasileiro não possui nenhuma garantia em relação aos seus dados armazenados em serviços e provedores da internet, assim, “embora a inviolabilidade da intimidade e da vida privada seja garantia constitucional, no plano infraconstitucional nada há, em termos de leis, que efetivamente contribua com as disposições da Lei Maior ou

as operacionalize”. (MILAGRE, 2012, p. 44). Além disso, observa-se a necessidade de normatização não somente no território brasileiro, mas no âmbito mundial, partindo de uma regulamentação da internet “de cima para baixo, observando os fóruns internacionais, neutros, isentos de interesses, constituídos de forma a representar de maneira equilibrada as comunidades”. (LEAL, 2007, p. 27).

Portanto, torna-se necessária a proteção à intimidade sem comprometer a liberdade e o direito à informação, por meio da adequação dos aspectos tecnológicos e jurídicos, para que se possa exercer a democracia e para que prevaleça a justiça. Logo, é possível o direito à informação sem permitir, no entanto, a utilização de dados pessoais de modo ilícito, que causem danos a terceiros ou que comprometam a segurança íntima dos cidadãos.

A legislação aplicável à proteção da intimidade nos contratos eletrônicos

A tecnologia é utilizada com maior frequência e nos mais diversos modelos de contratação na vida moderna. Logo, torna-se necessário analisar a legislação disponível para dirimir possíveis conflitos emergentes, bem como a possibilidade de criação de novas regras para disciplinar e garantir a segurança na efetivação das relações jurídicas provenientes dos contratos eletrônicos.

Uma das principais características da rede mundial de computadores é a liberdade ilimitada de seu uso. A internet não possui fronteiras, vez que não possui regulamentação específica ou um órgão central que controle as informações e os dados veiculados na rede. Revela-se importante a reflexão sobre a necessidade da criação de legislação específica para disciplinar tais relações ou a adequação das instituições jurídicas tradicionais, com intuito de sanar a gama de conflitos provenientes das mesmas. (LEAL, 2007, p.25).

A internet possui como uma de suas características a possibilidade de interligar pessoas de diversas culturas e dos mais diversos lugares, assim a certeza da norma jurídica a ser aplicada fica prejudicada. Apesar de não existir uma linguagem universal, as pessoas utilizam a rede mundial de computadores, permitindo a reflexão de que a linguagem virtual poderia ser considerada como mundial.

No Brasil há previsão constitucional quanto à inviolabilidade do sigilo de dados observando-se o artigo 5º, inciso XII e no *habeas data* no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal. Ainda, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor que se constitui num sistema de proteção que regulamentou o inciso XXXII, do artigo 5º da Carta Magna. Ele representa uma grande conquista na tutela das relações de consumo em geral e revela que o Estado “se preocupou com o futuro e criou um código moderno que aceita até as relações de consumo oriundas da via eletrônica”. (CAMARGO, 2011, p.264).

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os elementos da relação de consumo e em seu artigo 2º estabelece o conceito de consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de normas que protegem a parte mais frágil da relação contratual, não com a finalidade de prejudicar o fornecedor, mas de proporcionar uma relação de eticidade e equilíbrio contratual considerando sempre a autonomia da vontade.

No direito brasileiro aplica-se aos contratos eletrônicos, o sistema legal de proteção ao consumidor, quanto à prática de cláusulas abusivas e ao acesso prévio às condições gerais do contrato. Também, ressalta-se que o fornecimento de produtos ou serviços, pela rede de computadores, ocorre fora do estabelecimento comercial, sendo assim regulado pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. (LÔBO, 2011, p. 35).

Ainda, nas contratações eletrônicas “o aderente manifesta sua aceitação ao clicar o *mouse* do computador”, aceitando ou concordando sem a possibilidade de discutir ou alterar as condições estipuladas. Nesses contratos, que são de adesão, aplica-se o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, momento que as cláusulas que limitam os direitos do consumidor deverão ser de fácil identificação e compreensão conforme o § 4º, do mencionado artigo. (LEAL, 2007, p. 105-106).

Já para as relações comerciais realizadas fora do território nacional aplica-se o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil que permite a aplicação de norma estrangeira, admitindo a extraterritorialidade a fim de facilitar as relações jurídicas internacionais.

Contudo, no Brasil inexistente lei que regulamente a utilização do comércio eletrônico. Na atualidade, os conflitos decorrentes de sua utilização estão sendo resolvidos a partir da legislação disponível, que é aplicada por analogia, fazendo com que as relações de consumo fiquem sem proteção específica por não existir normas para esse tipo de relação negocial. (LIMA, 2009, p. 39).

Salienta-se que vários projetos de lei tramitam no Congresso Nacional, na tentativa de tratar das peculiaridades da contratação eletrônica garantindo maior segurança jurídica para estas relações. No entanto, nenhum deles possui abrangência completa e mesmo que aprovados permanecerão lacunas e incertezas para o julgador.

Logo, denota-se a necessidade de criar normas que visem disciplinar a matéria da proteção de dados, trazendo uma “regulamentação específica sobre a questão em curto prazo de tempo”, não deixando o Brasil em “dissintonia com os demais países, especialmente os integrantes do Mercosul e outros Estados da comunidade internacional que já contam com nível de tutela jurídica adequada”. (LIMBERGER, 2007, p. 101).

Nessa linha, salienta-se a proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor, consignada no Projeto de Lei n. 281/2012, que tramita no Senado Federal e tem por objetivo estabelecer uma Seção que regulamenta o comércio eletrônico. Essa alteração criaria a “Seção VII – Do Comércio Eletrônico” ao Capítulo V “Das práticas comerciais”, do Título I “Dos Direitos do Consumidor” para acrescentar os artigos 45-A, 45-B, 45-C, 45-D e 45-E, bem como promover a alteração de outros artigos do microsistema. Tal reforma pretende resguardar a privacidade dos dados pessoais, fortalecer a confiança desse meio de contratação e proteger o consumidor, que passará a ter acesso a informações mais completas e seguras.

Percebe-se o escopo de proteção à intimidade no Projeto de Lei n. 281/2012, quando prevê a inclusão dos incisos XI²³ e XII²⁴ ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais, bem como a proibição do assédio de consumo como políticas de defesa do consumidor.

Ainda, o texto do Projeto de Lei n. 281/12 dá origem ao artigo 45-C que prevê obrigações para o fornecedor, nos contratos eletrônicos, dentre elas a de dispor de meios de segurança adequados e eficazes, em especial, para armazenar os dados dos consumidores. Também, a preocupação com a proteção da intimidade transparece no caput do artigo 45-E, que proíbe o envio de mensagem eletrônica não solicitada. Do mesmo modo, o § 5º, desse artigo veda “veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais”, sem a devida autorização e consentimento do titular, salvo exceções legais. E para completar essa proteção, o § 2º, também, do artigo 45-E, determina que o fornecedor informe ao destinatário, em cada mensagem, “o modo como obteve os dados do consumidor”.

Como meio de formar um sistema de proteção o legislador propõe, no texto do § 9º, do artigo 49, que o

descumprimento de qualquer dever do fornecedor presente na “Seção do Comércio Eletrônico” traga como consequência a fixação de multa civil, com intuito de inibir novas violações, e reparação de danos patrimoniais e morais, sem prejuízo de sanções administrativas e criminais. Quanto a essa última, o legislador amplia o Título II, “Das Infrações Penais” e cria um novo tipo por meio do artigo 72-A²⁵, inclusive com pena de reclusão.

Assim, percebe-se que a aprovação do Projeto de Lei n. 281/12 criará um mecanismo de proteção ao consumidor que celebrar contratos eletrônicos, permitindo que se concretize o respeito à sua intimidade, no que tange a proteção dos dados informados. Todavia, no momento tal realidade é somente expectativa de lei.

Para suprir essa lacuna legal, em 15 de março de 2013, em homenagem ao Dia Mundial do Consumidor, foi editado o Decreto n. 7962, como parte de um pacote de medidas de proteção ao consumidor e nele foram consignadas algumas normas para disciplinar as transações eletrônicas, compreendendo que a defesa do consumidor não deve ser política de governo, mas sim de Estado, visto tratar-se de direito fundamental, insculpido no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

Em relação à proteção da intimidade, o Decreto n. 7962/13 dispõe no inciso VII, do artigo 4º, a obrigação do fornecedor de “utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor”, demonstrando que a informação prestada pelo consumidor deve ser protegida e não pode ser repassada a terceiros, sem autorização. Ainda destaca que o descumprimento importa nas sanções do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, constata-se que o ritmo da evolução da informática sempre será mais veloz que o da atividade legislativa ou regulamentar, no entanto é necessário estar preparado para solucionar os mais diversos casos concretos,

como a proteção da intimidade dos contratantes por meio eletrônico, visto que esta é uma garantia constitucional e, portanto, deve ser sempre assegurada.

Conclusão

Visando a credibilidade no uso dos meios eletrônicos pelos consumidores, torna-se necessária a criação de normas que garantam a inviolabilidade dos dados pessoais e a orientação de seu uso, para que, realmente, se afaste a insegurança na sua utilização, garantindo praticidade, comodidade e segurança aos contratantes.

Com isso, percebe-se que a internet pode ameaçar a intimidade quando mal utilizada. Apesar dos benefícios que facilitam a comunicação, as pesquisas, o acesso às informações de forma rápida e confortável, depara-se com a incerteza e a insegurança dos dados que ficarão arquivados na rede.

Além da criação de normas e métodos de segurança para a utilização do meio eletrônico, será imprescindível a conscientização dos usuários, quanto aos riscos e as maneiras de reduzi-los, a fim de garantir seu direito constitucional de inviolabilidade à intimidade. A segurança é essencial e, mesmo que seja difícil eliminar todos os tipos de infrações, deve-se estar preparado para combater de forma permanente tudo que for nocivo ao bem-estar social dos consumidores, visto que o acesso e a utilização da informação são fundamentais na sociedade contemporânea.

Imprescindível a criação de lei que garanta a proteção do consumidor diante das agressões iminentes à intimidade e à vida privada, pois na atualidade o meio eletrônico se torna presente e, tende cada vez mais a prosperar, proporcionando um farto banco de dados pessoais dos consumidores para os fornecedores. Assim, a inovação legislativa do Código de Defesa do Consumidor, acrescentando a “Seção VII – Do Comércio Eletrônico” ao Capítulo V, do Título I, trará maior

proteção às garantias fundamentais dos cidadãos, que na atualidade se apresentam de maneira vulnerável frente à utilização da tecnologia. Para tanto, torna-se necessária a aprovação da atualização do microssistema consumerista a fim de acompanhar a evolução social, tutelando as situações específicas ante a realidade virtual.

Portanto, o direito à intimidade dos dados do consumidor é contemplado no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, subsidiariamente encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor e recentemente no Decreto n. 7962/2013 que trouxe regras sobre o comércio eletrônico. Todavia, indispensável que seja aprovado o Projeto de Lei n. 281/2012, que tramita no Senado Federal, para que haja previsão na codificação consumerista sobre as peculiaridades decorrentes da contratação eletrônica, bem como promover segurança e proteção das relações jurídicas provenientes do meio virtual.

O direito necessita se aprimorar e acompanhar a evolução social, trazendo soluções para os conflitos contemporâneos, permitindo o avanço e a modernização das relações jurídicas, sem negligenciar os direitos fundamentais da pessoa, em especial, a defesa de sua intimidade nas relações de consumo por meio eletrônico.

Concluindo, verifica-se oportuna a atualização do Código de Defesa do Consumidor com a criação de normas capazes de promover a segurança jurídica nos contratos eletrônicos, incentivando, assim, o fortalecimento do mercado virtual, oportunizando e garantindo a proteção da intimidade do consumidor, visto representar um direito fundamental insculpido na Carta Maior.

Referências

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 179.

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivette Senise e BAPTISTA, Olavo. *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri, SP: Manole, 2004.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARTH, Wilmar Luiz. *Pós-modernidade, religião e ética*. Porto Alegre: Est Edições, 2008.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Traduzido por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOIAGO JUNIOR, José Wilson. *Contratação eletrônica: aspectos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005.

CAMARGO, Luan José Jorge; CAMARGO, Carolina Maria Jorge. Contratos eletrônicos: segurança e validade jurídica. In: *Revista de direito privado* n. 48, 2011. p. 247-278.

CORRALO, Giovani. *Discursos sobre ética na pós-modernidade: reflexões interdisciplinares sobre o comportamento humano, liderança e política no séc. XXI*. Passo Fundo: Passografic, 2010.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

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

FELTRE, Ricardo. *Fundamentos da química*, volume único. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese. 2004.

GRECO, Marco Aurelio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GREGORI, Maria Stella. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. In: *Revista do consumidor*. ano 19. n. 75. jul-set/2010. p. 247-257.

JUNQUEIRA, Mirian. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Manuad, 1997.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos, *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Rogério Montai. Relações de consumo via internet: regulamentação. In: *Revista Síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese. v. 9 n. 57, jan/fev. 2009, p. 38-50.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS, Luciana Mabilia. O Direito Civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 337-371.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MILAGRE, José Antonio. Agressão à privacidade em tempos de cloud computing. In: *Revista Jurídica Consulex*. v. 16, n. 364, 2012. p. 44-45.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PAEZINI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2009.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Oliveira Mendes. 1998.

SLAVOV, BÁRBARA. Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias. In: *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40. 2009. p. 60-83.

SOUZA, Rodrigo Telles. O exame judicial de dados armazenados em dispositivos de memória informática secundária como prova no direito constitucional processual brasileiro. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 216-242.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil*: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://www.inst-informatica.pt/servicos/informacao-e-documentacao/biblioteca-digital/gestao-e-organizacao/BRASIL_livroverdeSI.pdf> Acesso em: 16 set. 2012.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. Bauru: Edipro, 2001.

Notas

- 1 “Desde a Revolução Industrial, que se originou pela introdução de novas tecnologias, não se tem notícias de algo que tenha modificado tanto os hábitos e os costumes da sociedade mundial como a *Internet* o tem feito, sobretudo o modo pelo qual suas relações jurídicas têm se manifestado tão fortemente, criando novos conceitos e atropelando outros tradicionais em vários setores da economia, das ciências e das relações sociais. Se aquele fato trouxe expressivas mutações na história da nossa sociedade, estabelecendo uma nova realidade econômica, política e cultural, a *Internet* não é diferente: impulsiona a economia exigindo maior pujança dos fornecedores em benefícios dos consumidores, por um lado, e a utilização dos contratos de massa por outro; promove um estreitamento relacional pela aproximação de pessoas de várias classes e camadas socioculturais; exige da política a agilidade para caminhar lado a lado com a nova tecnologia; e facilita o relacionamento e a interação entre várias culturas de diferentes partes do mundo.” (MARTINS; MACEDO, 2002, p. 8).
- 2 Ainda, vive-se num momento de mudanças no estilo de vida em que “da acumulação de bens materiais passamos à acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da contratação pessoal direta para o automatismo da contratação a distância por meios eletrônicos, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse social ou público”. (MARQUES, 2005, p. 173).

- 3 “Da rapidez na geração e difusão de inovações, decorrem a drástica diminuição da vida útil dos produtos e a necessidade de modernização contínua da produção e da comercialização de bens e serviços”. (TAKAHASHI, 2000, p. 6).
- 4 “O ideal de consumo da sociedade capitalista não tem outro horizonte, além da multiplicação ou da continua substituição de objetos (ainda em perfeito estado de uso) por outros cada vez melhores. O resultado disto é a cultura do desperdício, onde se vive para consumir e essa é a única imagem valorizada. As grandes transformações sofridas pela sociedade nos últimos anos são, a princípio, contempladas com surpresa, depois com progressiva indiferença ou, em outros casos, como a necessidade de aceitar o inevitável. Colocar-se contra é como ir contra a maré. A propaganda cria falsas necessidades, objetos sempre melhores criam o desejo impulsivo de aproveitar tudo e ir cada dia mais longe”. (BARTH, 2008, p. 07).
- 5 No mesmo sentido afirma-se que “cada membro de uma sociedade de consumo está correndo (tudo numa sociedade de consumo é uma questão de escolha, exceto a compulsão de escolha...)” onde tudo se reflete na atividade de comprar. “...vamos às compras na rua e em casa, no trabalho e no lazer, acordados e em sonho”. Não se comprem apenas bens úteis aos nossos dias, mas também busca-se a compra de “habilidades necessárias a nosso sustento e pelos meios de convencer nossos possíveis empregadores de que as temos; pelo tipo de imagem que gostaríamos de vestir e por modos de fazer com que os outros acreditem que somos o que vestimos; por maneiras de fazer novos amigos que queremos e de nos desfazer dos que não mais queremos;...” “A lista de compras não tem fim”. (BAUMAN, 2001, p. 87-88).
- 6 Átomo representa as “partículas extremamente pequenas denominadas átomos que formam qualquer tipo de matéria”. (FELTRE, 1996, p. 9).
- 7 A linguagem universal do computador é o *bit*, que funciona utilizando os algarismos ‘0’ e ‘1’, capazes de conjuntamente de formar infindáveis combinações, que podem representar um número, uma letra, uma palavra, uma imagem e até mesmo um som. O computador não conhece a linguagem alfabética, sonora ou visual; ele conhece, reconhece e utiliza somente a linguagem digital dada pelos dígitos na linguagem binária ‘0’ e ‘1.’ (ANDRADE, 2004, p. 8).
- 8 As tecnologias de informação e de comunicação influenciaram os comportamentos individuais e coletivos, as formas de organização social, política e administrativa, as atividades econômicas e o mercado, dando origem a um novo tipo de sociedade, que se convencionou chamar de sociedade da informação. (LEAL, 2007, p. 9).
- 9 Artigo 104 do Código Civil: “A validade do negócio jurídico requer: Inciso I – agente capaz; Inciso II – Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; Inciso III – forma prescrita ou não defesa em lei;”
- 10 Podem ser utilizados dois fundamentos em defesa dos contratos eletrônicos serem considerados como presentes. O primeiro refere-se em conceituar a internet como lugar, ou seja, as pessoas celebrando os contratos na internet estão num mesmo lugar virtual, a internet. Assim, como os contratantes estão num mesmo lugar sendo considerado um contrato entre presentes. O segundo fundamento para admitir os contratos eletrônicos celebrados entre

- presentes ocorre quando for comparada a internet ao telefone ou a meio de telecomunicação semelhante ao telefone. (DE ALMEIDA, 2002, p. 95).
- 11 Nos contratos eletrônicos intersistêmicos, “o computador serve para traduzir as vontades preexistentes, vale dizer, compor os acordos de vontade previamente firmados. Desse modo, os sistemas de computador das partes interligam-se para aperfeiçoar a comunicação, na forma das tratativas anteriores. (MONTENEGRO, 2003, p. 50-51).
 - 12 Os contratos eletrônicos interpessoais “são aqueles em que o computador é utilizado como meio de comunicação entre os contratantes, com participação simultânea ou não”. (MONTENEGRO, 2003, p. 51).
 - 13 Os contratos interativos surgem da comunicação obtida entre a parte que deseja contratar e um sistema aplicativo existente e previamente programado. Este modo de contratação ocorre com maior frequência no mercado de consumo. (LEAL, 2007, p. 82-83).
 - 14 A vida privada é “o campo particular da existência de uma pessoa em que ela desenvolve aspectos de sua convivência social. A intimidade é o espaço mais recôndito da personalidade do ser humano, do qual se excluem todos os outros. A vida privada, embora seja marcada também pela reserva, envolve uma relação com outrem, delineando-se uma área da qual se excluem terceiros. A intimidade abrange os segredos profundos da pessoa, suas querências sentimentais, suas escolhas de fé, suas convicções próprias. A vida privada alcança interações de amizade e de amor, relacionamentos civis e comerciais”. (DE SOUZA, 2002, p. 227).
 - 15 Hacker significa “fanático por computação, especializado em desvendar códigos de acesso a computadores ou desenvolver vírus. Equivale a pirata de computador”. (MORI, 2001, p. 107).
 - 16 Mensagem de correio eletrônico não solicitada, enviada a muitos destinatários, com conteúdo impróprio. (FINKELSTEIN, 2004, p. 141).
 - 17 As tecnologias biométricas são de alta confiabilidade. É um “método automatizado pelo qual a identidade de um indivíduo é confirmada examinando-se uma característica fisiológica única e pessoal ou por meio de análise de características de comportamento”. As mais conhecidas são o reconhecimento de padrão de voz, exame de retina, escaneamento de impressões digitais e da palma da mão. É um método seguro vez que as características biológicas do indivíduo são estáveis e confiáveis, não existindo a facilidade de forjar ou roubar os traços físicos de uma pessoa. Esta tecnologia ainda não está muito difundida e por seu alto custo, não se encontra disponível em alta escala. (LEAL, 2007, p. 159).
 - 18 A criptografia utiliza algoritmos matemáticos para transformar um texto claro e legível em uma mensagem cifrada, evitando que estas possam ser decifradas por terceiros. Criptografar significa escrever em código. (FINKELSTEIN, 2004, p. 179).
 - 19 Já, a assinatura digital é um tipo de senha mais complexa que se exige para a realização de certas operações. Por esta assinatura procura-se assegurar que a operação ou transação seja realizada pela pessoa nela indicada e devidamente autorizada para tal efeito. (GRECO, 2000, p. 40).
 - 20 A certificação digital é um “documento eletrônico firmado digitalmente pela Autoridade Certificadora, que vincula uma chave pública a uma

pessoa determinada, confirmando a sua identidade”. Sua principal função é “permitir a comprovação de que a chave pública de um usuário corresponde realmente a este usuário”. O certificado digital deve conter o seu código identificador e os dados que identificam a entidade certificante. Tem a função de unir a tecnologia e o direito, possibilitando a legitimação do documento eletrônico como prova. A Autoridade Certificadora emite a certidão digital, que é um *software* que verifica no banco de dados da Autoridade Certificadora se a assinatura consultada existe, assim, averigua a identidade da pessoa e emite uma identidade eletrônica. (FINKESTEIN, 2004, p. 180-181).

- 21 A esteganografia corresponde a uma espécie de criptografia que transforma “um documento legível em algo ilegível, acrescentando que se poderia designar de ‘marca d’ água digital’. Ou seja, o documento, ao ser decriptado surgiria na sua plenitude e estaria acompanhado visualmente de um timbre ou desenho superposto que não o prejudicaria” mas, cuja inexistência indicaria não se tratar de documento correto. (GRECO, 2000, p. 43).
- 22 As senhas são frequências de *bits* definidas pelo usuário ou fornecidas pelo sistema com o qual ele se relaciona. Estão atreladas ao exercício de certos “direitos eletrônicos” entendidos como a possibilidade de praticar determinados atos no âmbito daquela comunicação. A senha, ou código secreto, consiste numa “combinação de algarismos ou letras, geralmente usado para condicionar à utilização de sistemas informáticos”, presume-se que tal código seja de conhecimento exclusivo do seu titular, que poderá alterá-los quantas vezes achar necessário. (MARTINS, 2003, p. 76).
- 23 Texto do Projeto de Lei n. 281/12 acrescentando o inciso XI ao artigo 6º do CDC: “a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico”
- 24 Texto do Projeto de Lei n. 281/12 acrescentando o inciso XII ao artigo 6º do CDC: “a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo.”
- 25 Texto do Projeto de Lei n. 281/12 que dispõe sobre o artigo 72-A: “veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização e consentimento informado, salvo exceções legais. Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Tratados internacionais sobre a responsabilidade do transportador aéreo internacional e as relações de consumo no Brasil

*André Lipp Pinto Basto Lupi**

O tema da responsabilidade civil do transportador aéreo em relações de consumo concentra jurisprudência divergente no Brasil, a exemplo de outros difíceis temas de aplicação de tratados internacionais, como a prisão do depositário infiel, a denúncia de convenções e a revalidação de diplomas expedidos no exterior.¹

A matéria serve, portanto, a diversas reflexões. Primeiro, pela resolução de problema prático e concreto da

1 Vide outros trabalhos do autor versando sobre tais temas: LUPÍ, André L. P. B. A interpretação dos tratados no ordenamento interno dos Estados. **Revista Nêmesis**. Florianópolis, ano 2. n. 3, p. 13-16, ago/dez 2003; LUPÍ, A. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional n. 45. *Revista dos Tribunais*, v.847, p.11 - 24, 2006; LUPÍ, André L. P. B. La Aplicación del Derecho Internacional por los Tribunales Brasileños. In: VELASQUEZ RAMIREZ, Ricardo; BOBADILLA REYES, Humberto (Orgs.). *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*. Lima: Grisjley, 2007, v.1, p. 309-332; LUPÍ, André L. P. B. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência das normas internacionais no ordenamento interno brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v.46, nº 184, p. 29-45, out./dez. de 2009; LUPÍ, André L. P. B. Qual contexto? Uma análise dos critérios de interpretação segundo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de Direito Internacional: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2007. Vol. IX, p.172-180; LUPÍ, A; BASTOS, L. M. P. A interpretação da norma jurídica internacional em conformidade com seu contexto: uma proposta para a aplicação do direito internacional pelos tribunais brasileiros. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_705.pdf

vida de cidadãos brasileiros. Pessoas viajam cotidianamente e sofrem prejuízos sempre que há falhas na prestação dos serviços. Atrasos, cancelamentos e perda de bagagem são os casos típicos. As reclamações nem sempre são resolvidas prontamente pelas companhias aéreas, levando a ações judiciais que precisam ter solução. Esta é a questão de cunho dogmático revelada neste diálogo de decisões judiciais.

A par da premente demanda da vida prática, o debate judicial enseja reflexões sobre a aplicação do Direito Internacional no Brasil, em particular sobre as técnicas de compreensão e conjugação da norma internacional no conjunto do ordenamento interno. Assim, soergue-se ao fundo um choque de concepções sobre o lugar, a legitimidade e a interpretação da norma internacional à luz do direito interno que com ela disputa autoridade normativa. Trata-se da dificuldade de *traduzir* para outro *léxico* (a linguagem jurídica nacional) a expressão linguística construída em outro ambiente (o internacional), com obstáculos semânticos, sintáticos e pragmáticos.

Este artigo dedica-se a analisar ambos os aspectos do problema. No primeiro momento, explana-se o debate judicial, marcado simbolicamente por dois acórdãos opostos do Supremo Tribunal Federal. Para apresentar maior atualidade, acrescenta-se pesquisa sobre a matéria nos vinte e sete Estados da federação brasileira. Nessa primeira parte do percurso, buscar-se-á salientar os argumentos que servem à discussão teórica que compõe a segunda etapa do artigo.

Cumprе anotar que este trabalho se volta para a divergência recente na jurisprudência brasileira articulada em torno de um problema de Direito Internacional. Não se tocará, portanto, na interessante construção jurisprudencial anterior a 2006, em que a reparabilidade integral dos danos foi afirmada, com afastamento da limitação convencional, após o entrechoque de distintos

entendimentos jurisprudenciais.² Tampouco será tratada a questão do “*quantum* razoável” para indenização do dano moral, tema que já conhece parâmetros definidos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.³ Outra

2 Para uma análise crítica e criteriosa dessas correntes anteriores, que travam debate “encerrado” por volta do ano de 2002, com solução de Embargos de Divergência no STJ (EREsp 269353/SP), vide NORONHA, Fernando. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas (caso recente de criação jurisprudencial de direito). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 44, p. 168, Out / 2002. O autor apresenta três correntes: (a) exclusão dos danos extrapatrimoniais do alcance da limitação da Convenção; (b) o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia não são aplicáveis no âmbito das relações de consumo; (c) nenhuma limitação de indenização passa o teste da proteção da dignidade da pessoa humana. Quanto à primeira corrente, pode-se citar como precedente: “O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais.” STF. RE 172720, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997, p. 2831. O relator foi acompanhado em seus votos por todos os ministros, inclusive em longo voto do Ministro Rezek, que entende não haver conflito entre as convenções e a Constituição, porque as primeiras não tratam do dano moral. As duas outras correntes repercutem em argumentos do debate atual e serão mais adiante analisadas.

3 STJ. AgRg no AgRg no Recurso Especial nº 689.257 - PR (20040133691-2). Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 5 de setembro de 2012. O acórdão se refere a parâmetros que fixam as indenizações por dano moral em atraso de voo entre “R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (cf., entre muitos outros, os acórdãos nos EDcl no Ag 977.762/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 24.8.2011; AgRg no AREsp 60.120/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 1.2.2012; AgRg no AREsp 145.989/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 13.6.2012; AgRg no AREsp 47.629/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 25.5.2012; AgRg no Ag 1.389.642/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 20.9.2011)”, embora nesta decisão, por a autora ter perdido a oportunidade de ver o pai ainda vivo, houve condenação no dobro do limite referido (R\$ 20.000,00, portanto). Na doutrina, ver o precursor artigo de MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, Julho, 1992. p. 155, em que a autora explica, com supedâneo no artigo 6º do CDC: “A responsabilidade imposta pelo CDC segue o princípio da indenização integral, tanto que o legislador preocupou-se em mencionar expressamente os danos “morais” ou extrapatrimoniais. A reparação devida é limitada ao dano sofrido (patrimonial ou extrapatrimonial), mas a responsabilidade é teoricamente ilimitada.”

questão não enfrentada diretamente é a da responsabilidade objetiva dos transportadores, decorrente da aplicação do CDC, também bastante frequente nos tribunais estaduais e com posicionamento favorável à responsabilidade objetiva.⁴

O Debate mais recente: CDC vs. Convenção de Varsóvia

Embora o debate seja conhecido pelos juristas brasileiros, não custa lembrar que os consumidores brasileiros lesados pelas falhas na prestação de serviços de transporte internacional geralmente ingressam com ações nos juizados especiais cíveis (Lei n. 9.099). Por este procedimento, não cabe recurso especial da decisão das turmas recursais.

As normas em conflito encontram-se mais visivelmente nos textos que regulam o transporte aéreo internacional e no

- 4 TJMA. Acórdão n. 1141492012. Relator Raimundo Freire Cutrim. 02/05/2012; TJCE. Apelação 2855515200580600000. Relatora Maria Iracema Martins do Vale. 4ª Câmara Cível. Data de registro: 25/08/2010; TJBA. Apelação 19750-0/2008. Quarta Câmara Cível. Relatora Maria Geraldina Sá de Souza Galvão. Data do Julgamento: 29/10/2008; TJPB. 20020080221787001. Relator Saulo Henriques de Sá Benevides. 3ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 01/09/2011; TJAL. Apelação Cível nº 2012.002131-7. Relator Alcides Gusmão da Silva; TJSE. Apelação Cível nº 3706/2012, Relatora Suzana Maria Carvalho Oliveira, Julgado em 04/06/2012; TJES. Apelação Cível nº 024000160374. Relator William Couto Gonçalves; TJRO. 1018434-24.2006.8.22.0001 Apelação. Relator Roosevelt Queiroz Costa; TJGO. Apelação Cível 156304-4/188, Relator Kisleu Dias Maciel Filho, 4a Câmara Cível, julgado em 13/05/2010, DJe 591 de 04/06/2010; TJMG. Relator Mota e Silva. Data de Julgamento: 28/08/2012; TJTO. Apelação Cível nº 7794. Ação Reparação Dano Material nº 3322/01. Relator Bernardino Luz; TJAP. Acórdão 13457. Relator Constantino Brahuna. DOE n.º 4427, p. 15. 28/01/2009. TJPR - 9ª C.Cível - AC 921491-9 - Foro Regional de Campo Largo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: José Augusto Gomes Aniceto - Unânime - J. 26.07.2012. TJSC. Apelação Cível n. 2011.043933-9, da Capital, rel. Henry Petry Junior. TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - n. 2011.015719-0/0000-00. Relator Fernando Mauro Moreira Marinho. 19.6.2012. TJMT. Apelação nº 70518/2010. 28-09-2010.

Código de Defesa do Consumidor, embora haja referências comuns ao Código Brasileiro de Aeronáutica, por exemplo. Os pontos conflitivos são dois: a prescrição da ação para reclamar danos decorrentes dos defeitos na prestação do serviço e a limitação da indenização.

No Código de Defesa do Consumidor, a prescrição da ação é de cinco anos:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.⁵

Na Convenção de Varsóvia, o mesmo prazo está reduzido para dois anos:

A ação de responsabilidade deve ser intentada, sob pena de prescrição, no prazo de dois anos a contar da chegada ao destino ou do dia em que a aeronave deveria chegar, ou da parada do transporte.⁶

Quanto à limitação de indenização, questão que suscita polêmica mais recorrente, a oposição é igualmente severa. A Convenção de Varsóvia, alterada pelo Protocolo de Montreal, assim como o Código Brasileiro de Aeronáutica, fixam montante máximos de indenização.⁷

5 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

6 Article 29 : *“(1) L'action en responsabilité doit être intentée, sous peine de déchéance, dans le délai de deux ans à compter de l'arrivée à destination ou du jour où l'aéronef aurait dû arriver, ou de l'arrêt du transport.”*. BRASIL. Decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional.

7 BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. O texto da Lei traz os seguintes dispositivos: “Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN. Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo,

Essa limitação não é bem tolerada no sistema de proteção ao consumidor.⁸

Estes conflitos serão objeto de ao menos duas posições bem marcadas e incompatíveis entre si firmadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos.

A primeira decisão a ser comentada foi tomada no ano de 2006 em processo que opunha a VASP a consumidor brasileiro. Nela, o problema saliente era a prescrição da ação. A Ministra Ellen Gracie, relatora do acórdão, deu provimento ao recurso da companhia, para considerar prescrita a ação proposta após o prazo determinado pela Convenção.

limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro. Art. 262. No caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, ocorrida durante a execução do contrato do transporte aéreo, a responsabilidade do transportador limita-se ao valor correspondente a 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN por quilo, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso (artigos 239, 241 e 244).” Convenção de Varsóvia, emendada pelo Protocolo de Montreal, promulgado pelo Decreto nº 2.860, de 7 de dezembro de 1998: “1. No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 16.600 Direitos Especiais de Saque por passageiro.” “2. a) No transporte de bagagem despachada ou de mercadorias, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma,(...)”, “Quanto aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, limita-se a responsabilidade do transportador a 332 Direitos Especiais de Saque por passageiro.”

- 8 O artigo 14 do CDC prescreve a reparação dos danos: “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.” E a jurisprudência e a doutrina entendem tratar-se de reparação proporcional ao dano, insuscetível de limitação. A exceção ocorre quando o consumidor for pessoa jurídica, *ex vi* do artigo 51, I: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. É importante ressaltar que a exceção é para limitação de indenização de natureza contratual. Sobre o debate jurisprudencial acerca da limitação, ver nota abaixo sobre a ADPF da Lei de Imprensa.

Os argumentos da relatora foram dois. Numa primeira instância, afasta a incidência do artigo 5º, §2º, e da doutrina dos direitos e garantias fundamentais. Disse que as normas da Convenção de Varsóvia não se referem a tais temas e, portanto, não podem ser afetadas por princípios a eles atinentes.⁹ O curto voto rebate ainda argumento da parte autora, no qual ventilava a prevalência do Código de Defesa do Consumidor com base no princípio da posterioridade, já que ele é mais recente do que a Convenção de Varsóvia. A esse argumento, opõe o *overriding principle*¹⁰, que é o da superioridade hierárquica de uma norma sobre a outra, qual seja, do artigo 178 da Constituição sobre o CDC. Na citada disposição, a Ministra encontra fundamento para dar prevalência a tratados internacionais sobre transporte internacional aéreo, afastando no caso o Código de Defesa do Consumidor. A prescrição a ser observada é, portanto, de dois anos.¹¹

9 Replica, assim, entendimento anterior do STF: RE 214349, Relator Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 11-06-1999. p. 21. Trecho relevante da ementa: “Por outro lado, no tocante à alegação de ofensa ao artigo 5º, § 2º, da Constituição, ela não ocorre, porquanto esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, o que não é matéria objeto da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia no tocante à limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional”.

10 A referência ao princípio sobrepujante da hierarquia tem por base a apresentação dos três princípios de solução de antinomias apresentados por Bobbio: hierarquia, posterioridade e especialidade. Enquanto os dois últimos podem conflitar entre si, o conflito de qualquer deles com o hierárquico se resolve em favor deste. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

11 “PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso

Na segunda decisão, que aparecerá três anos depois da primeira nos anais da jurisprudência da mais alta corte, após vivo debate entre Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello sobre os efeitos da ausência de manifestação da turma recursal sobre matérias da defesa ventiladas no recurso e retomadas em embargos declaratórios, em razão do prequestionamento, adentrou-se na análise do mérito do recurso.

Eros Grau é o primeiro a proferir seu voto em relação ao fundo da lide. Sua linha de raciocínio começa com a exposição do princípio *lex specialis derogat generalis* e sua expressão na LICC, artigo 2º. Caindo na literalidade do artigo 2º e refugindo a uma discussão teórica do princípio, entende que o CDC não revogou expressamente, nem é incompatível com a Convenção, nem regulou inteiramente a matéria por ela tratada.¹² Em conclusão, todas as normas em questão estão vigentes. Nessa lógica, não há conflito entre elas, porque cada uma se aplica a um dado conjunto de relações fáticas. O CDC, de forma abrangente (*geral*), a todos os setores da economia. A Convenção, de forma específica (*especial*), aplica-se apenas às relações do segmento de transporte internacional aéreo. No caso em tela, prevalece a tese da companhia aérea.

Na sequência, depois de desvelada a posição de Pertence de acompanhar Grau, Carlos Britto enuncia sua inquietude diante do provável desfecho que se apresenta. Recuperando o *status* de princípio constitucional abrangente da defesa e da proteção do consumidor (artigos 5º, XXXII e 170, V), retoma o debate sobre outra perspectiva. A dupla face da proteção enquadra o direito do consumidor sob o manto dos direitos humanos e da organização da atividade econômica. Descortina-se, portanto, o argumento hierárquico. Ele conduziria o Ministro a examinar sob esse

provido.” STF. RE 297901, Relatora Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 31-03-2006, p. 38.

12 *Idem*, §11 do voto.

prisma a prevalência da norma constitucional do artigo 170, V, sobre aquela contida nas convenções internacionais, não fosse sua opção por não conhecer do recurso por implicar análise de matéria infraconstitucional - a existência de efetivo conflito apenas entre duas normas infraconstitucionais (Código de Defesa do Consumidor e Convenção de Varsóvia). No debate direto com Eros Grau, finaliza uma de suas intervenções excluindo a aplicação do artigo 178 para o caso, sustentando que essa disposição trata da *ordenação* do transporte (salubridade, segurança, condições de voo, etc.), não das relações entre consumidores e transportadores. É argumento de inexistência de conflito, baseado agora no âmbito de validade das referidas normas.

Na sequência, Cezar Peluso refuta este último argumento, apresentando as normas contidas na Convenção de Varsóvia que tratam diretamente de relações com o usuário do transporte (o consumidor). Após pedir vistas, manifesta-se sobre a relação de especialidade e generalidade. Para Peluso, a especialidade do CDC tem como escopo a proteção de um conjunto de sujeitos e não de matérias. Assim, quando um sujeito consumidor estiver envolvido, aplica-se o CDC, pelo princípio da especialidade. Para o âmbito do CDC, como, aliás, parece ser para todo o dano moral, na posição de Peluso, não há limitação de indenização nem mesmo quando prevista em lei, como foi o caso da Lei de Imprensa.¹³ Envereda o Ministro por outra

13 “INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.” STF. RE 447584, Relator Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado

senda, dizendo incompatíveis com o princípio da indenização irrestrita e proporcional todos os dispositivos que limitam a indenização no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia e seus Protocolos. Na conclusão, acompanha Aires Britto, não conhecendo do recurso.

A decisão final é curiosa. Não conhecendo do recurso, permanece a condenação, como se correta estivesse a turma recursal ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor e não as convenções internacionais. Ciente dessa consequência, o acórdão traz na ementa esse mesmo fundamento, embora o próprio Supremo não tenha aplicado o artigo 5º ou o artigo 170 e afastado a aplicação do artigo 178 para solução da lide.¹⁴ Desta feita, reside o posicionamento mais claro do Supremo Tribunal Federal num *obiter dictum*.¹⁵

Para permitir uma análise quantitativa das decisões dos tribunais estaduais, vale identificar topicamente os argumentos encontrados nos debates do Supremo Tribunal Federal:

- (i) Não se cogita aplicar o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, pois a Convenção de Varsóvia não se refere a direitos fundamentais;

em 28/11/2006, DJ 16-03-2007, p. 43. A Lei de Imprensa foi declarada inconstitucional na ADPF 130. Relator Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJ 05-11-2009.

14 “1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.” A parte seguinte da ementa é a que sustenta o dispositivo do acórdão (o não conhecimento do recurso): “3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.” STF. RE 351.750-3/RJ. Relator para o acórdão Carlos Britto, julgado pela 1.ª Turma em 17.03.2009 e publicado no DJe em 25.09.2009.

15 Um comentário deste acórdão encontra-se em CALIXTO, Marcelo. A Responsabilidade Civil do Transportador na Jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 76, p. 112, Out / 2010.

- (ii) O artigo 178 da Constituição determina a prevalência hierárquica dos tratados internacionais de transporte sobre as regras internas, pelo que a Convenção de Varsóvia se sobrepõe às normas do Código de Defesa do Consumidor;
- (iii) As normas da Convenção de Varsóvia se aplicam ao segmento econômico do transporte internacional, formando regras especiais em relação às regras gerais de consumo aplicáveis ao conjunto da economia;
- (iv) A proteção ao consumidor é direito fundamental e princípio constitucional que se irradia em todos os domínios da economia, prevalecendo hierarquicamente a proteção do consumidor sobre regras de tratados internacionais de transporte;
- (v) O artigo 178 da Constituição não se aplica às relações entre consumidores e transportadores, valendo apenas para ordenação dos aspectos específicos da regulação do transporte;
- (vi) O Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre as normas da Convenção pelo princípio da especialidade, porque tutela uma relação específica entre certas categorias de sujeitos (consumidor e fornecedor);
- (vii) A limitação de responsabilidade prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia é incompatível com a proteção da pessoa humana e o direito à indenização proporcional e irrestrita.

A rigor, eles poderiam ser reordenados em função dos eixos do debate, melhor representados por perguntas:

a) Aplica-se o princípio da hierarquia para resolver a antinomia entre Código de Defesa do Consumidor e Convenção de Varsóvia?

1 Em caso afirmativo, a Convenção de Varsóvia tem hierarquia supralegal, em função do artigo 178 da Constituição? Ou

2 O Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre a Convenção, por especificar o princípio constitucional da proteção do consumidor?

b) Aplica-se o princípio da especialidade para resolver a antinomia entre Código de Defesa do Consumidor e Convenção de Varsóvia?

1 Em caso afirmativo, o Código de Defesa do Consumidor é especial em relação à Convenção de Varsóvia, por tratar de relações de uma categoria específica de sujeitos (os consumidores)? Ou

2 A Convenção de Varsóvia é *lex specialis* em relação ao Código de Defesa do Consumidor, por ser aquela aplicável a um segmento específico da economia e o CDC e ao mercado de forma geral?

A jurisprudência dos tribunais estaduais: panorama da repercussão dos argumentos e decisões do Supremo Tribunal Federal no território federal

As principais conclusões da pesquisa panorâmica sobre a jurisprudência recente dos tribunais estaduais foram as seguintes:

- a) Existe forte disciplina judiciária em relação às questões aqui versadas e o desfecho (o dispositivo) de todos os acórdãos recentes examinados

coincide com a posição dos tribunais superiores de aplicar as normas consumeristas à relação entre transportador e usuário.

- b) A resposta predominante à pergunta “A” acima é a de que o Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre a Convenção, por especificar o princípio constitucional da proteção do consumidor.
- c) Quando se aplica o princípio da especialidade, é sempre para afirmar ser o Código de Defesa do Consumidor especial em relação à Convenção de Varsóvia, por tratar de relações de uma categoria específica de sujeitos (os consumidores).
- d) Não há uma única linha de fundamentação para prevalência do CDC. Por vezes se aplica o princípio da hierarquia, outras sustentam a conclusão no princípio da especialidade e até mesmo no da posterioridade.
- e) Ficaram ausentes dos acórdãos estudados os argumentos enumerados nas alíneas “i” e “iii” da exposição anterior, sobre o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal e o uso do princípio da especialidade em favor da primazia da Convenção sobre o CDC, pelo que se pode dizer unânime a resposta à pergunta “B” acima, aplicando o princípio da especialidade sempre no sentido de priorizar a especificidade das normas consumeristas.
- f) Surpreende que também não figure nos acórdãos a referência explícita ao *obiter dictum* do STF, sustentado sobre a interpretação não conflitante do artigo 178 da Constituição, que reduz seu alcance às normas sobre *ordenação* do transporte (argumento “v”).

g) Os principais fundamentos para as decisões são três:

- 1 A mera referência à aplicação do CDC porque o STJ assim entende;
- 2 O caráter de norma pública e/ou constitucional da proteção ao consumidor, que é hierarquicamente superior à Convenção e seus Protocolos (argumento “IV” acima),
- 3 O Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre as normas da Convenção pelo princípio da especialidade, porque tutela uma relação específica entre certas categorias de sujeitos (consumidor e fornecedor) (argumento “VI” acima).

O primeiro dado da pesquisa feita é justamente a ampla aderência ao sentido dos dispositivos dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. A indenização tarifada não se aplica, valendo o CDC. Não há limitação de indenização, nem se aplica o prazo prescricional reduzido das normas da Convenção de Varsóvia. De quase uma centena de acórdãos recentes de todos os tribunais estaduais, apenas uma exceção foi encontrada no TJSP. O Tribunal paulista inclina-se majoritariamente pelo acompanhamento da tendência geral, mas num acórdão houve aplicação da Convenção, com base no mesmo argumento da Ministra Ellen Gracie (primazia do tratado por força do artigo 178 da Constituição).¹⁶

Por curioso que pareça, a pesquisa feita em todos os tribunais estaduais revelou pouca remissão às decisões do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é farta, a

16 TJSP. 1813812020098260100. Relator Campos Mello, Julgamento: 05/07/2012, 22ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 25/07/2012.

ponto de muitas vezes servir de fundamento para a decisão,¹⁷ inclusive sem explicitação do motivo da prevalência da norma consumerista. Aliás, assoma na leitura das várias ementas coletadas a recorrência ao silogismo retórico (“entimema”).¹⁸ Os julgados muito frequentemente enunciam a aplicação do CDC, mas seguidamente não declinam a razão para tanto.¹⁹ O argumento se apresenta na forma de um entimema, pois a premissa maior não é explicitada. A dúvida jurídica mais aguda no caso é justamente decidir qual a norma aplicável. Os acórdãos apresentam o CDC como legislação

17 TJRS. Apelação Cível Nº 70048546998, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 29/08/2012; TJSC Apelação Cível n. 2012.038902-0, Relator Monteiro Rocha; TJPR - 8ª C.Cível - AC 935041-8. Relator José Laurindo de Souza Netto. J. 02.08.2012. Segunda Turma Cível; TJPI. Processo n. 201000010009471. Relator José James Gomes Pereira. 2ª Câmara Especializada Cível; TJPB. Processo 20020080221787001. Relator Saulo Henriques De Sa Benevides. 3ª Câmara Cível. 01/09/2011; TJAL. Apelação Cível nº 2012.002131-7. Relator Alcides Gusmão da Silva; TJRO. Apelação nº 0045067-94.2008.8.22.0009 Relator Alexandre Miguel; TJES. Apelação Cível nº 024.010.132.868. Relatora Elisabeth Lordes; TJES. Apelação Cível n. 024100912492 Relator Dair José Bregunze de Oliveira. Terceira Câmara Cível. 07/02/2012; TJES. Processo n. 0018232-14.2008.8.08.0024 Apelação Cível Relator Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. 27/03/2012; TJAC. AC 2005.000712-6, Relatora Izaura Maia, 07/03/2006, Câmara Cível; TJPE. 108014420118170000, Relator Jones Figueirêdo, 16/08/2011, 4ª Câmara Cível; TJDF. 2007 01 1 141170-7 APC. 21/03/2012 2ª Turma Cível Relator Waldir Leôncio Lopes Júnior.

18 Para uma análise do silogismo retórico (entimema) na argumentação jurídica, vide ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. Embora o artigo discuta o conceito de entimema, numa passagem depreende-se definição elementar: “o entimema é formalmente definido como uma estrutura silogística à qual falta um dos três elementos” (o autor se refere aos três elementos do silogismo: premissa maior, premissa menor e conclusão. (*Idem*, p. 274).

19 TJRS. 70050025147. Apelação Cível. Décima Segunda Câmara Cível; Apelação Cível Nº 70049959976, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 16/08/2012; TJMS. Apelação Cível n. 2009.001611-0/0000-00. Relatora Tânia Garcia de Freitas Borges. 3.8.2010; TJMT. Apelação Nº 70518/2010. Data de Julgamento: 28-09-2010; TJPA. Apelação Cível nº 2008.3.002803-8 Relator Leonam Gondim Da Cruz Júnior. 2a. Câmara Especializada Cível 14/09/2010.

prevalente, porém não afirmam a razão dessa primazia. A explicação para o fato da larga remissão aos julgados do STJ, das próprias câmaras julgadoras nos tribunais estaduais e mesmo para não haver remissão nenhuma, pode não estar no campo das razões jurídicas. Seria preciso explorar essa observação com outros instrumentos investigativos, mas, de todo modo, a experiência mostra que existe uma orientação frequente para fundamentação dos acórdãos nos julgados da própria casa e do tribunal imediatamente superior. Seja qual for a razão, percebe-se que a discussão de maior sofisticação técnica do STF não aparenta ser reproduzida nos tribunais estaduais; ao contrário, aplica-se o dispositivo da última decisão do STF sobre o tema e das decisões do STJ, em ato de disciplina judiciária.

Nos conflitos entre CDC e Convenção, os princípios mais invocados para solucionar a antinomia são os da especialidade e o da hierarquia. Argumenta-se, como antes exposto, que o Código de Defesa do Consumidor prevalece sempre que haja relação entre fornecedor e consumidor, pouco importando que o segmento da economia em questão seja o de transportes.²⁰

O principal sustentáculo das decisões analisadas, em avaliação quantitativa, é o princípio da hierarquia. Na interpretação dos tribunais, este princípio serve para erguer as regras consumeristas ao *status* de normas de ordem pública, pois tem duplo fundamento constitucional

20 TJPE. 51734220098170001. Relator Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Julgamento: 20/04/2011, 2ª Câmara Cível; TJCE. Apelação 10056435200680600011. Relator Francisco Barbosa Filho. 5ª Câmara Cível Data de registro: 28/09/2011; TJCE Apelação cível 1808556200480600000. Relator José Edmar de Arruda Coelho 1ª Câmara Cível. 24/08/2006; TJPB. Processo 20020080416056001. Relator Manoel Soares Monteiro. Primeira Câmara Cível 03/05/2012; TJSE. Apelação Cível nº 2674/2011, Relator Cezário Siqueira Neto, Julgado em 30/08/2012; TJRO. Apelação 0011916-54.2010.8.22.0014. Relator Marcos Alaor Diniz Grangeia; TJRO. Apelação 0008668-22.2010.8.22.0001. Relator Alexandre Miguel; TJGO, Apelação Cível 156304-4/188, Rel. Kisleu Dias Maciel Filho, 4a Câmara Cível, julgado em 13/05/2010.

(artigos 5º e 170),²¹ como asseverou Carlos Ayres Britto. Apesar da aderência à tese, as decisões do STF não são expressamente mencionadas.

Argumentos novos, não ventilados explicitamente nos debates judiciais perscrutados neste artigo, também aparecem, embora em geral tenham de ser pinçados no corpo dos acórdãos. Revelou-se interessante a posição predominante no TJRJ, em que argumento recorrente é a proibição do retrocesso²² - com implícita assunção de que a proteção do consumidor integra o rol de direitos fundamentais. No mesmo Tribunal localizou-se aplicação do CDC com base no princípio da posterioridade.²³

Distinta da maioria, embora convergindo em termos de solução prática, está julgado do Tribunal do Espírito Santo, que aplica os limites da indenização tarifada quando o consumidor não logra fazer prova suficiente dos danos materiais.²⁴ Neste caso, a Convenção é invocada às avessas: ao invés de limitar o máximo da indenização, fixa o mínimo aceitável. Esta é justamente uma das funções da tarifação da indenização: fixar o valor, independente de apreciação subjetiva ou objetiva da extensão dos danos.

-
- 21 TJBA Apelação 19750-0/2008 Quarta Câmara Cível Maria Geraldina Sá De Souza Galvão 29/10/2008; TJPB Processo 00120070054505001 Relator Mª Das Neves Do E.A.D. Ferreira 2ª Câmara Cível 01/12/2009; TJAL. Apelação Cível n.º 2011.001105-2 Relator Tutmés Airan de Albuquerque Melo; TJMG. Relatora Evangelina Castilho Duarte. 05/07/2012; TJAP. Número Acórdão: 13457. Relator Constantino Brahuna. Câmara Única; TJPE. 51734220098170001, Relator Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 20/04/2011, 2ª Câmara Cível; TJDF 2008 01 1 029989-2 APC . 27/07/2011. 6ª Turma Cível. Relatora Ana Maria Duarte Amarante Brito.
- 22 TJRJ. Apelação 0026975-97.2009.8.19.0209. Relator Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 21/08/2012. - Quinta Câmara Cível; TJRJ. Apelação 0997325-56.2011.8.19.0002. Monica Costa Di Piero. Julgamento: 20/08/2012 - Oitava Câmara.
- 23 TJRJ. Apelação 0341514-03.2010.8.19.0001. Marcos Alcino A Torres. Julgamento: 16/08/2012 - Décima Nona Câmara Cível. O argumento da posterioridade não traduz segurança longa, como faz lembrar o problema do depositário infiel (vide nota 1, acima).
- 24 TJES. Apelação Cível n. 024100912492 Relator Dair José Bregunce de Oliveira. Terceira Câmara Cível. 07/02/2012.

Considerações Finais

A posição majoritária da jurisprudência coincide com as opiniões doutrinárias ventiladas no Brasil já pelo menos desde a edição do Código de Defesa do Consumidor. Prioriza-se a defesa do consumidor hipossuficiente em detrimento da aplicação da regra convencional do transportador aéreo.²⁵

A relação com os tratados internacionais é bastante menos considerada nos tribunais estaduais do que nas discussões travadas na suprema corte. Com efeito, parece que pouco importa o descumprimento das obrigações convencionais, que impõem tais limites às indenizações fixadas pelo Judiciário nacional – limites que não estão sendo observados. Esta despreocupação com os efeitos da não aplicação da Convenção é digna de atenção, sobretudo do Ministério das Relações Exteriores, a quem incumbe conhecer de problemas dessa natureza para propor revisões dos tratados aplicáveis, de acordo com as possibilidades jurídicas internacionais de revisão e alteração dos compromissos.²⁶ O interessante, para um analista da jurisprudência brasileira, é observar que os magistrados operam num nível puramente nacional, relegando os temas internacionais para outros intervenientes. Esta atitude reforça a imagem do dualismo

25 Sobre a doutrina, veja-se artigo de 1992 de Cláudia Lima Marques, que embora reconheça o caráter casuístico da solução de antinomias, assim afirma: “A posição do CDC como lei especial-subjetiva, lei posterior e hierarquicamente superior, como lei de ordem pública e complementar ao mandamento constitucional, assegurará a força necessária para que esta lei de função social possa cumprir sua finalidade renovadora.” Ob. cit. nota 27.

26 Sugestão semelhante para solucionar o problema da não aplicação do tratado foi feita por Mônica Aparecida Canato Borges:” Neste sentido abrem-se ao Estado brasileiro duas alternativas: a) firmar acordo com as companhias de transporte internacional quanto aos pontos polêmicos da Convenção, aumentando o valor da indenização; ou b) denunciá-la em âmbito internacional, optando pela aplicação do CDC (LGL\1990\40).“ BORGES. M. A. C. O Código de Defesa do Consumidor, a Convenção De Varsóvia e o Novo Código Civil: Tratados Internacionais e Direito Interno, Algumas Considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 56, p. 90, Out / 2005.

como explicação predominante da prática brasileira,²⁷ pois juízes nacionais aplicam apenas o direito interno, referindo-se a tratados como invasões autorizadas de competências legislativas, que podem ser desconsideradas sempre que houver uma boa razão de direito interno para tanto. Repare-se: o fator crítico não é a “boa” ou “má” razão, mas o fato de que ela pertence ao direito interno e que as consequências no plano internacional são irrelevantes para o exercício do ato de julgar no plano nacional.

Quando se retorna à solução prática, vê-se que não se deve, por outro lado, impor com rigor ortodoxo a prevalência dos tratados sobre as leis internas, seja sob o argumento do artigo 27 da Convenção de Viena, cuja aplicação ao problema é questionável,²⁸ seja por mero apego ao fato de haver norma internacional em jogo, numa espécie de idealismo valorizador do externo em relação ao interno. Pois é fato que as convenções afetam direitos individuais de forma impactante e criando exceção ao dever de indenizar espraiado pelas relações entre consumidores e fornecedores; é igualmente assente que essa exceção perdeu sua razão de ser com a melhoria do transporte aéreo e a conseqüente redução do risco de causar danos. Ademais, outros países impuseram revisão dos limites da Convenção, a exemplo de Estados Unidos, Itália, Austrália, Japão e França,²⁹ conflagrando o que se denominou “Crise do sistema na Convenção de Varsóvia”.³⁰

27 Vide trabalho intitulado **O Brasil é dualista?**, referido na nota 1 acima.

28 É possível sustentar que o mesmo artigo enseja uma interpretação dualista, pois ele não traz consequência direta para a não aplicação do Direito Internacional pelos juízes de Direito interno. Apenas para os juízes internacionais as normas internas não podem escusar o cumprimento do tratado.

29 FRANCO, Alberto Lopes. A antinomia entre os Microsistemas de Varsóvia e do Consumidor – Visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia (Orgs.). **O novo direito internacional** - estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 858.

30 MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, Jul/1992. p. 155.

Uma atitude diferente da atualmente identificada exigiria das autoridades envolvidas maior compromisso com uma visão cosmopolita do Direito. Por este caminho, reconhecer-se-ia o papel criador do Estado brasileiro no Direito Internacional, chamando a responsabilidade de tratar do tema das limitações de indenização num contexto em que elas se afiguram como incômodas reminiscências do passado. A preocupação com a interpretação da Convenção para delimitar o alcance da derrogação imposta pela aplicação das normas consumeristas poderia trazer como consequências a fundamentação da não aplicação em termos internacionais, a qual poderia ser tomada como ponto de partida para revisão da Convenção, indo ao encontro das posições de outros países, bem como a reinterpretar a Convenção à luz da prática de suas partes contratantes, método de modificação de tratados pelo costume geralmente refutado pelos internacionalistas, mas que já esteve nas minutas da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Sobretudo, a atenção para a natureza internacional da Convenção de Varsóvia permitiria enfocar o problema não somente na ótica de proteção ao consumidor, porém de forma a abranger a distribuição dos custos econômicos da redistribuição do risco no contrato de transporte aéreo internacional.

Nesta nota final, não custa lembrar que o tema encontra-se em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi reconhecida a repercussão geral. Empresas aéreas estrangeiras e organizações internacionais já tiveram deferidas suas participações na qualidade de *amicus curiae*,³¹ algo que certamente enriquecerá o debate, que deverá ser acompanhado pelos juristas brasileiros ligados a transporte, relações de consumo e Direito Internacional.

31 Manifestaram-se IATA – INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION e IUAI – INTERNATIONAL UNION OF AEROSPACE INSURERS. STF. RE 636331 - Recurso Extraordinário. Verificação de andamento processual em 19 de setembro de 2012.

La incorporación del instituto de los “daños punitivos” (o “multa civil”) en el ordenamiento argentino

Federico M. Alvarez Larrondo

Introito

El día 7 de abril de 2008, la ley 24.240 de defensa del consumidor que contaba a esa fecha con quince años de vida (en adelante LDC), fue objeto de una reforma profunda y demorada, que buscaba por una parte adecuar su texto a la reforma constitucional operada en el año 1994, y por otra, generar nuevas herramientas de protección y tutela del débil jurídico, mucho más proactivas y acordes a las posibilidades y riesgos que genera una economía de mercado a gran escala.

Fue así entonces, que la ley 26.361, modificatoria de la anterior LCD, trajo consigo un instituto largamente debatido en la República Argentina, como lo es la “multa civil” o “daño punitivo”, el cual ya había sido motivo de análisis al tiempo de debatirse a finales de la década del 90 el Proyecto de Unificación de Derecho Privado, liderado por el Profesor Atilio Aníbal Alterini, y que llevaba consigo la propuesta de incorporar el instituto a dicho Código de fondo. Finalmente el proyecto no pudo ver la luz, y el debate sobre los daños punitivos se siguió desarrollando en las páginas de doctrina hasta convertirse en realidad (para muchos de manera sorpresiva), en el marco del estatuto de defensa del consumidor.

En consecuencia, habremos entonces de efectuar una semblanza de los antecedentes, de la situación actual de la figura, de los debates que la misma ha generado y de la proyección e impacto en las sentencias de nuestros Tribunales.

El cambio de paradigma operado por el Derecho del Consumo

El término “paradigma” fue utilizado por primera vez por Thomas Kuhn¹ e implica un cambio de “modelo” en los esquemas científicos, en este caso del ordenamiento jurídico.

De tal modo, como bien señala Junyent Bas, cuando se habla de un cambio de “paradigma”, no pretende señalarse que se han modificado solamente determinados principios generales, sino que, por el contrario, la reformulación es de tal profundidad que estructura nuevamente el sistema epistemológico y, consecuentemente, la articulación del ordenamiento jurídico se realiza sobre nuevas bases².

En el ámbito del derecho, predicar la existencia de un nuevo paradigma implica entonces señalar que ha surgido un nuevo modelo jurídico que requiere de la reestructuración de sus principios fundantes y de los criterios de interpretación.

En la República Argentina el nuevo modelo jurídico nació en el año 1994, con la incorporación de la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios dentro de los “Nuevos derechos y garantías” de la Constitución Nacional reformada en ese año. A partir de la misma, la República

1 KUHN, Thomas. **“La estructura de las revoluciones científicas”**, Edición Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, reimpresión 1995, p. 9.

2 JUNYENT BAS, Francisco – DEL CERRO, Candelaria, **“Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor”**, LA LEY 14/06/2010, 1

se ha dado un programa de carácter económico que coloca al Derecho del Consumo en su epicentro³.

Es que el constituyente del 94 ha impuesto un cambio de posición iusfilosófica a la hora de bregar por el correcto funcionamiento del mercado. Ha establecido al Derecho del

3 Constitución Nacional Argentina “**Art. 42.-** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

“Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

“Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Consumo como centro neurálgico del sistema regulador, y de esa manera ha ampliado las herramientas y legitimados con capacidad y autoridad para cuestionar y atacar los excesos del sistema de mercado.

Como ya lo expusiésemos oportunamente⁴, la citada norma constitucional ha optado dentro de las corrientes propias del Derecho del Consumo por la teoría maximalista en lugar de la restrictiva que enarbolaban los viejos arts. 1 y 2 de la ley 24.240 (hoy modificados por la 26.361) y que en verdad ya habían quedado abrogados por la manda constitucional. La nueva ley 26.361 y los fundamentos expuestos en los debates parlamentarios confirman tal postura al afirmarse que en verdad, la nueva ley viene a adecuar su texto al de la Carta Magna.

A partir de la reforma constitucional entonces, el elemento activante del régimen tuitivo del consumidor había dejado de ser el contrato de consumo, pasando a serlo una figura mucho más amplia como lo es la “relación de consumo”. Así, desde el año 1994 siempre que estuviéramos ante una relación de consumo en cualquiera de sus etapas, debía aplicarse el sistema de protección del consumidor⁵ sin importar la existencia o no de vínculo contractual. Pero a partir de la sanción de la ley 26.361, la protección va mucho más allá fijando como único recaudo el de revestir el carácter de destinatario final, aún fuera de una relación de consumo en virtud del nuevo artículo 1 de la LCD modificada⁶.

4 ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal”, LA LEY 2008-B, 327, comentario a fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Penal Económico, sala B, 2007/09/14, “Pepsico de Argentina S.R.L.”

5 Sobre el particular, es obligada la lectura de la obra del Ministro de la Corte LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

6 **ARTICULO 1º** — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de

Esto cambia todo lo conocido en materia de “derecho penal económico”, atento que hasta la incorporación del art. 42, las leyes de lealtad comercial y de defensa de la competencia eran las herramientas reguladoras del mercado. Y respecto de éstas, sus comentaristas y la jurisprudencia surgida en torno a las mismas, explicaban con total claridad que su objetivo inmediato era el de proteger la libre y sana competencia en el mercado, preocupados por fijar reglas claras entre los comerciantes con una idea propia del Medioevo⁷. De tal manera, con esa impronta idealizada de la mano invisible del mercado, se llegaba a la conclusión de que la pelea sincera y pura entre los empresarios terminaría de manera mediata protegiendo los intereses de los consumidores. Sin embargo, la realidad ha demostrado que no se ha logrado ni una cosa ni la otra. Por ello, el régimen legal argentino ha dado un

su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Sobre el particular ver ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 25.

7 Ver por ejemplo, Vela, Carlos Indalecio, “**Derecho Penal Económico**”, LA LEY, 2003-D, 1368, LLP, 2004, 169, quien afirma “Resumiendo las diferentes posturas adoptadas por los tribunales podría señalarse que el bien jurídico que se pretende proteger es la lealtad que debe reinar en las relaciones comerciales, lo cual deriva en la protección de los comerciantes competidores entre sí y los consumidores. Ahora bien, la conclusión a la que se arriba precedentemente deja muy poco margen para quienes sostienen que la ley de lealtad comercial protege un solo bien jurídico. En efecto, es claro que podría sostenerse que se pretende proteger la lealtad que debe haber en las relaciones comerciales entre los diferentes comerciantes y, por otro lado, se protege a los consumidores de las prácticas desleales que eventualmente quieran imponer los comerciantes. Por lo tanto, y es opinión del suscripto que la ley de lealtad comercial protege diversos bienes jurídicos”.

vuelco radical en la materia, tomando conciencia de que el mercado sólo puede fiscalizarse y regularse de manera efectiva, invirtiendo los roles hasta ahora concebidos para los distintos agentes del campo negocial.

En el ordenamiento construido a partir del artículo 42 de la Constitución Nacional, el consumidor ha dejado de ser el actor de reparto (beneficiario indirecto de las normas reguladoras del mercado), y muy por el contrario, es el ordenamiento legal originariamente surgido en razón de su persona el que persigue en la actualidad el albur del mercado justo declamado por los defensores del “libre comercio” (y lo hace de manera mucho más eficiente, vale decirlo). Y ello es lógico y plausible. Es que en la realidad cotidiana, salvo la actuación de oficio de la Autoridad de contralor (lógicamente incapaz de alcanzar todos los sucesos violatorios de la diáfana competencia atento contar con recursos finitos), es raro ver que un empresario inicie una acción judicial o administrativa contra otro par, fundado por ejemplo en que la publicidad de éste es engañosa y que le quita mercado, puesto que de seguro él mismo tiene también sus prácticas que esconder. ¿Por qué ganarse enemigos sin fundamento económicamente válido? Sólo lo hará cuando la contraria realice publicidad comparativa que afecte su imagen o marca, pero no cuando la empresa competidora promocióne falsas calidades de bienes o servicios, sin efectuar referencia alguna a los suyos. Por lo tanto, en Argentina ningún empresario denuncia a su par infractor. Rige en verdad, como en la teoría de los juegos, el denominado “dilema del preso”⁸. Si ninguno “traiciona” al

8 “El Dilema del Prisionero (Prisoner’s dilemma) es un modelo de conflictos muy frecuente en la sociedad que ha sido profundamente estudiado por la Teoría de los Juegos. Dos delincuentes son detenidos y encerrados en celdas de aislamiento de forma que no pueden comunicarse entre ellos. El alguacil sospecha que han participado en el robo del banco, delito cuya pena es diez años de cárcel, pero no tiene pruebas. Sólo tiene pruebas y puede culparles de un delito menor, tenencia ilícita de armas, cuyo castigo es de dos años de cárcel. Promete a cada uno de ellos que reducirá su condena a la mitad si proporciona

otro, no se podrá probar la infracción, y así, la víctima (en este caso el consumidor supuestamente beneficiado por el sistema legal construido), se quedará sin Justicia.

Estos recursos técnicos han quedado desactualizados por cuanto fueron pensados para otros tiempos donde el mercado era reducido, y el Estado poderoso. En ese proyecto de actuación estatal, el denominado “Estado Policía” asumía la fiscalización y control de todo cuanto sucediera en el comercio, cargando sobre sus espaldas la persecución y el castigo de las violaciones. El Estado lo era todo y en él se descargaba todo. El punto, es que esa “ideología” ya no resulta acorde con nuestra realidad actual. El mercado se ha fragmentado y complejizado de un modo hasta el presente nunca visto. Las personas jurídicas se multiplican a diario al compás de la bonanza económica de algunos sectores; las operaciones comerciales adquieren tecnicismos indescifrables; y ante este escenario, el Estado otrora portentoso hoy asiste a su propio desborde y crisis lo que lo torna ineficiente para cumplir con la tarea antiguamente asignada. De allí entonces que el Constituyente del 94´ haya optado por consagrar como pilar fundamental del sistema regulador del mercado al Derecho del Consumo, el cual ha venido a romper con todo lo conocido, ampliando el número de “fiscales de la ley”, descargando el control no sólo en el Estado y en los inactivos empresarios, sino también en los consumidores, las asociaciones de consumidores y los nuevos organismos públicos de control con competencia en la materia, a nivel nacional, provincial y municipal, incluyendo a partir de la reciente reforma de la ley 26.361 al Defensor del Pueblo de la Nación.

De esta manera, son ahora los damnificados los que denuncian las prácticas violatorias de sus derechos,

las pruebas para culpar al otro del robo del banco. Las alternativas para cada prisionero pueden representarse en forma de matriz de pagos. La estrategia “lealtad” consiste en permanecer en silencio y no proporcionar pruebas para acusar al compañero. Llamaremos “traición” a la estrategia alternativa.

incentivados por un lado por el acceso gratuito al sistema de conciliación montado por la ley 24.240⁹, y ahora a la justicia¹⁰. Y la ventaja de este nuevo régimen, es que éstos no tienen temor alguno a las represalias que puedan darse en el mercado entre competidores. Así, el Derecho del Consumo ha declarado la vetustez e insuficiencia del viejo régimen (sin perjuicio de pasar a ser dichas normas complementarias del régimen tuitivo del consumidor), y en consecuencia ha dado carta de ciudadanía a un régimen que lo ha cambiado todo, y que por lo tanto excede la humilde figura del consumidor desvalido para pasar a ser eje central de un mercado de reglas claras y competitivo.

9 El sistema se estructura en torno a las Oficinas de Defensa del Consumidor, al cual el consumidor accede gratuitamente para tener allí una instancia conciliadora, representado por la Autoridad administrativa, y que constituye un sistema virtuoso desde todo punto de vista. Para el consumidor, por cuanto el régimen vigente le imponía reclamar directamente ante la Justicia, pudiendo ahora ensayar sin erogación económica alguna una instancia conciliatoria previa. Para el empresario, en tanto que la conciliación alcanzada en esa instancia administrativa mediante la satisfacción del reclamo del consumidor, borra la infracción y lo libera de tener que pagar la multa que por cualquier otra ley aplicable (defensa de la competencia o lealtad comercial), hubiera tenido que afrontar sin más; como así también pone punto final al conflicto evitando que el mismo se judicialice. Para el Estado, en primer lugar porque cumple con su rol de pacificador social y en segundo lugar, porque logra un control efectivo del correcto funcionamiento del mercado, ya no a través de sus agentes sino de la población toda que habrá de reclamar cada violación a sus derechos. Y todo lo logra renunciando a la punición económica, lo cual también es relativo, dado que al incrementarse fabulosamente el número de denunciantes, el porcentaje de casos que no alcanzan conciliación, si bien estadísticamente son ínfimos sobre el total, son muchos más que los que el cuerpo estatal constataba con sus empleados, lo que implica que igualmente recaudará más de lo que hacía antes. Y así, el mercado a la fuerza debe perfeccionar sus productos y prácticas, lo que lo eleva para su inserción en el mercado mundial. Desde todo punto de vista, un sistema absolutamente virtuoso.

10 Ver artículo 53 de la ley 24.240, párrafo final “(...) Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”; y artículo 55, párrafo final “(...) Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita”.

Es que cuando un consumidor denuncia una publicidad falsa y obtiene el cese de su difusión, no sólo está protegiendo sus derechos y los de los demás consumidores, sino también, más ahora indirectamente, los del competidor de esa empresa denunciada que iba a ver reducidos sus ingresos por la canalización de muchos de sus clientes a manos de quien en verdad no iba a dar un servicio mejor ni de mayor calidad de aquél que él ofrecía. Es que no debe olvidarse que el consumidor que adquiere un bien de mediana envergadura, una vez que ha optado por celebrar el vínculo con el comerciante desleal, en primer lugar le resulta muy difícil romper el “negocio” una vez constatado el engaño, y a su vez, por lo general carece de fondos remanentes como para intentar una segunda compra con el que no lo engañó mientras se resuelve el conflicto primigenio. Por ello, una elección equivocada inducida por el inescrupuloso, saca del mercado a los que caen presos del engaño y de allí que la competencia pierda irremediabilmente.

Por ello, reitero, el Derecho del Consumo regula precisamente las “relaciones de consumo” pero desde un lugar diametralmente opuesto a lo hasta aquí conocido. El mercado ya no es un campo propio de las empresas, sino que ahora es un espacio en el que juega con mayor protagonismo su verdadera razón de ser: el consumidor.

Insistimos, todo cambió con la llegada del reformado artículo 42 que nos ha introducido en un nuevo tiempo y lugar, y más aún se ha profundizado con la aparición de la ley 26.361. Estamos ante un Derecho regulador del mercado; de esto ya no hay duda alguna. Por ello es que el eje del sistema ya no sea el sujeto consumidor final, sino la “relación de consumo”, que no es más que el *revival* del originario vínculo “cadena de producción-consumo”.

En síntesis, a través de la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional que establece la teoría maximalista de regulación del mercado, es el consumidor el que puede ahora denunciar y requerir, tanto a la Justicia como a

las Autoridades administrativas, el cese de toda práctica distorsiva de la libre competencia y la lealtad comercial, y de allí, que el Derecho del Consumo no sea un “derecho menor”, sino la rama más destacada del escenario actual.

La relación entre economía y Derecho

Bien sostenía hace más de una década Atilio A. Alterini que el Derecho y la Economía se encuentran fuertemente relacionados con la teoría de los costos. En sentido macroeconómico, cualquier decisión política asume ciertos costos, calculables estadísticamente. Por ejemplo, el número de heridos o muertos que resultará de la construcción de un túnel a causa de accidentes en la obra; o de los accidentes en las rutas que ocurrirán al ser adoptado el sistema de correr los feriados hacia un fin de semana largo. Estos daños a la persona tienen costos sociales tales como el del sistema de salud, el del servicio de justicia, el de la seguridad social. Y tal es así, que también la actividad empresarial se encuentra bajo el imperio de los costos. Y conforme a ello, la misma genera ciertos costos que son denominados “sociales”. Uno de ellos es la contaminación ambiental¹¹.

En un mercado en el cual la competencia se plantea por los precios, y no por la calidad, surge innato el riesgo de que quien disminuye los costos se asegura, generalmente, una mayor masividad de su producción y cuota en el mercado, pero insertando productos con mayor posibilidad de daño o riesgo.

Dicha situación se presenta en el campo del Derecho del Consumo con aquellos fabricantes que lanzan al mercado productos que no cumplen con normas esenciales de seguridad o calidad, o que publicitan características que los mismos no poseen. En el primero de los supuestos la omisión de dichos

11 ALTERINI, Atilio A., “**Cultura y Derecho Privado**”, LL 1996-B-932.

recaudos le permite al empresario disminuir sus costos e imponerse a su competencia con un precio mucho más bajo que el promedio, desentendiéndose del riesgo creado; mientras que en el segundo de ellos, podrá competir con aquellos productos que en verdad posean las virtudes que el suyo publicita pero sin tenerlas, y su precio siempre será más bajo, en tanto que en su caso dichas ventajas son inexistentes o menores.

Esto genera una distorsión que impacta no sólo en el consumidor afectado, sino fundamentalmente en el correcto funcionamiento del mercado. Es que el productor que se ajusta a las exigencias legales y hace sus productos seguros, eficientes, y acordes con lo publicitado, pierde público consumidor a manos de quien promete cumplir con esos recaudos, pero sin hacerlo. Así entonces, ante el producto defectuoso o no acorde a lo prometido, quien pierde es la sociedad toda, dado que su mercado se vuelve volátil, falto de credibilidad, y por lógica consecuencia, incapaz de establecer estándares internacionales que permitan una proyección más allá de sus límites. Por ello, cuando tratamos la Defensa del consumidor, en verdad, estamos hablando de la protección del correcto mercado.

De allí entonces que creíamos en el siglo pasado, y lo hacemos con mayor firmeza en el actual, que estas violaciones a los derechos de terceros, propios de la postmodernidad, merecen la repulsa del ordenamiento jurídico por intermedio del hoy bienvenido instituto del daño punitivo. El desdén evidenciado con relación al destinatario de bienes y servicios (débil de conocimientos técnicos sobre los bienes ofertados); la ecuación económica proyectada de la mentira o el abuso, en una relación de costo-beneficio que haga conveniente la lesión con base en la cuantificación y proyección de los eventuales reclamos; la predilección por la ganancia en desmedro de la salud y la seguridad; todo ello torna necesario la aparición de un instrumento que ponga coto al negocio de violar la ley, y que por su intermedio lo convierta en deficitario.

Porque de eso estamos hablando aquí. De dismantelar el negocio de dañar, de defraudar. Y es lógico que el Derecho del Consumo sea la puerta de entrada al régimen, puesto que aquí se encuentran los contratos masivos, los negocios masificados, la pluralidad de clientes y de potenciales afectados, los contratos de monto ínfimo en su individualidad pero millonarios en su conjunto, elementos todos que permiten realizar la ecuación matemática antes indicada y actuar en consecuencia¹².

Y para ello, la herramienta esencial y obligada no es otra que la del daño punitivo. Es que no podemos seguir pensando con la lógica del admirable Vélez Sarsfield, y abrazarnos a estructuras normativas propias de una lógica económica y social de finales del siglo XVIII, época en que se edifica ese pilar esencial que hubo de marcarnos a fuego hasta nuestros días, cual es el Código Napoleónico. De allí que resulte fundamental entender la autonomía y avance del Derecho del Consumo, y reconocerle la verdadera relevancia que le asignó el Constituyente argentino del 94. Sabemos que es difícil amoldarse a un cambio tan brusco como el que ha planteado esta nueva rama, pero este es el derecho que exige el ideal de justicia para estos nuevos tiempos. De nada sirve aferrarse de buena fe a los viejos dogmas, porque con ello sólo se termina contribuyendo

12 Así lo enseñaba el maestro Mosset Iturraspe al sostener que “La serie de problemas mencionados y otros que una visión más sagaz puede encontrar, ameritan, a nuestro juicio, un tratamiento legal más pormenorizado o detallista en la materia. Por vía de ejemplo, la mención de esta multa civil en oportunidad de regular el ‘daño ambiental’ que requiere, pensamos, una consideración expresa; o los daños causados por productos elaborados. Estas áreas o ámbitos son particularmente propicios para la aplicación del denominado ‘daño punitivo’. Lo muestra el Derecho Comparado; y es así por considerarse ‘daños masivos’ o que afectan a pluralidad de personas y por considerarse perjuicios que, en la mayoría de los supuestos, exhiben una actividad empresarial sólo preocupada por el lucro y desinteresada del bien común” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, LL 2000-B-1277).

a afianzar la expoliación y el abuso por parte de los inescrupulosos que aprovechan los intersticios de un ordenamiento pensado para el comercio “tête-à-tête”, para con él pergeñar perjuicios masivos que sin herramientas como la que motiva este trabajo, sólo generan mayor desconfianza y desasosiego por parte de la comunidad para con la Justicia.

Afirmamos entonces que la incorporación de los daños punitivos no sólo era necesaria sino por sobre todas las cosas, coherente con una economía de mercado global y trasnacional.

Es que el instituto bajo estudio se planta ante el desdén evidenciado por el empresario para con el destinatario de bienes y servicios (débil de conocimientos técnicos sobre los bienes ofertados); se erige ante la ganancia proyectada como resultado de la mentira o el abuso, en una relación de costo beneficio que torna conveniente la lesión en base a la cuantificación y proyección de los eventuales reclamos; se afirma ante la predilección por la ganancia en desmedro de la salud y la seguridad de los consumidores. Ante todo ello es que se erige el nuevo instituto a fin de poner coto al negocio de violar la ley, convirtiéndolo por su intermedio en deficitario. Porque de eso estamos hablando aquí; de desmantelar el negocio de dañar, de defraudar¹³.

13 Máxime en un país como la Argentina, donde las defraudaciones masificadas se efectúan a través de personas jurídicas respecto de las cuales la Justicia Penal tiene una postura casi monolítica que sostiene su falta de calidad de sujeto pasivo de la norma penal represiva (por el principio de personalidad de la pena), atento tratarse de un ente ideal, y con la dificultad de que resulta sumamente complejo hacer efectiva la responsabilidad de sus directivos, atento la necesidad de acreditar la participación directa de éstos, con más su dolo o culpa en los tipos que la admiten como integrante del tipo. A ello debe adicionarle el criterio de “última ratio” del Derecho Penal, todo lo cual ello coadyuva al fácil acceso a estas herramientas para ser utilizadas en perjuicio de consumidores y usuarios, sin que medie sanción penal alguna. Aquí es donde surge palmario el perfil diferenciado del ladrón de guantes blancos, respecto del ladrón de gallinas. Uno conoce el Derecho y sabe usarlo para salir airoso

Y es lógico que el Derecho del Consumo sea la puerta de entrada al régimen normativo argentino puesto que aquí se encuentran los contratos masivos, los negocios masificados, la pluralidad de clientes y de potenciales afectados, los contratos de monto ínfimo en su individualidad pero millonarios en su conjunto, elementos todos que permiten realizar la ecuación matemática antes indicada y actuar en consecuencia. Pensemos a título de ejemplo, en una entidad bancaria que a sus cientos de miles de usuarios les impone un rubro no pactado de escasos dos euros. Bien sabe la empresa que sólo lo descubrirá un 2% de sus usuarios, y que de esos, por un monto tan exiguo, reclamará tan sólo el 0,1%. Negocio redondo. De tal manera, el campo del consumo es tierra fértil para el abuso, por cuanto aún perdiendo juicios, los mismos serán nimios a la par de los cuantiosos ingresos generados por la ilegalidad¹⁴.

e indemne (y enriquecido), y el otro carga con su escuálida instrucción básica, lo que termina condenándolo.

- 14 Bien se pregunta y afirma Jorge A. Mayo “¿Qué sucede cuando mediante un hecho ilícito el victimario, además de provocarle a la víctima un daño injusto, obtiene un provecho, se enriquece como consecuencia del ilícito? Y, justamente, ese beneficio obtenido por el responsable desvirtúa cualquier función preventiva que se asigne a la responsabilidad civil, pues qué importancia tiene que se lo condene a reparar los daños, si el enriquecimiento obtenido enjuga cualquier indemnización que deba enfrentar, logrando una jugosa ganancia. Una respuesta tradicional ha rechazado la posibilidad de reconocer ese enriquecimiento a la víctima, pues eso no es daño resarcible sino un beneficio fruto de un feliz concurso de circunstancias. A esa postura se ha opuesto la opinión, minoritaria por cierto, que condena a lo que se denomina por los franceses “culpa lucrativa” —faute lucrative—, y que algún eco velado ha recibido en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales, que ha dicho que para determinar la indemnización que corresponde otorgar al afectado en su honor por una publicación periodística, debe tenerse en cuenta la deformación del hecho, la gravedad de las imputaciones y la circunstancia de ser la demandada una empresa periodística de amplia difusión; debe considerarse, también, que otorgar una indemnización ínfima fomenta la industria del escándalo, pues la convierte en lucrativa. Esta última tesitura significa un progreso frente a la postura negativa, pero, a mi juicio, no resuelve adecuadamente la cuestión, desde el momento que vincula, o mejor aún, considera el enriquecimiento dentro del daño causado. Y recientemente, en un fallo

Y en estos casos, de nada sirve la invocación que muchos hacen respecto de que para punir debe recurrirse a la sanción impartida por el Derecho Penal, puesto que en nuestro país rige el principio de intervención mínima que se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. El mismo supone que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”¹⁵. Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque resultarán menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cual se busca el mayor bien colectivo con el menor costo social. Es el postulado de la “máxima utilidad posible” con el “mínimo sufrimiento necesario”¹⁶. A ello debe sumársele el principio de oportunidad instaurado por vastos Códigos

de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (JA, 2005-II, Fascículo 1, del 06/04/2005, p. 67) a través del voto del doctor Mirás, se ha dicho que “dado el carácter de hecho notorio de la potencialidad de lucro con la exhibición del retrato de los jugadores de fútbol de notable actuación, ello torna admisible el resarcimiento del daño patrimonial en los supuestos de quienes lucran habitualmente con la utilización de su imagen, en la medida en que no se le ha retribuido lo que en derecho le habría correspondido en caso de habérselo contratado”. Y agrega que “a los fines de determinar el resarcimiento por la utilización indebida de la imagen de un jugador de fútbol profesional de notable actuación, más que estar a la ganancia de los que incorporaron su imagen a una tarjeta para participar en juegos electrónicos, debe atenderse al valor emergente del prestigio de la persona de cuya imagen se trata”. Si bien la idea del precedente citado se encamina en principio en la buena senda, luego termina por equiparar daño y enriquecimiento, máxime cuando deja de lado las ganancias que el utilizador de la imagen obtuvo, por cierto ilícitamente” (MAYO, Jorge A., “El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”, LA LEY, 2005-C, 1018).

15 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “**Derecho penal, parte general**”, 5ª. Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 72.

16 MIR PUIG, Santiago, “**Derecho penal, parte general**”, 5ª Edición, Barcelona, Ed. Reppertor, 1998, p. 89.

procesales¹⁷. En consecuencia, las figuras delictivas a las que se recurre para argumentar que todos los supuestos violatorios que serían objeto del daño punitivo quedan alcanzados por el Derecho Penal, por más que cuadren en el tipo no se ven plasmadas en la realidad. Y qué decir cuando intervienen en los ilícitos personas jurídicas cuya actuación no encuentra respuestas adecuadas en el Código penal, convirtiéndose en pantallas ideales para el abuso y la expoliación. Es necesario sincerar el debate, y dejar de lado entelequias y cartabones que se muestran alejados de la realidad palpable, circunscriptos a debates científicos infructuosos, que para colmo de males, son usufructuados por los inescrupulosos. Por eso es que, superando todas las disquisiciones teóricas, el Derecho del Consumo se ha puesto al frente del problema y ha traído una solución efectiva.

Y en tal sentido también se ha expedido la doctrina especializada. Así, la Comisión Nro. 5 “Principio de prevención.Daños punitivos” del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores celebrado en la Universidad de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2010, luego de un profundo y fructífero debate, resolvió por unanimidad que “El daño punitivo es un instituto de naturaleza civil sin relación con el derecho penal”¹⁸.

17 Ver por todos, fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2da., causa N° 83.449 caratulada “Fiscal c/ S. M., J. R. y otros por daño agravado s/ Casación”. Allí se sostuvo “Esto es en definitiva, la regla del art. 26 del C.P.P.: principio de oportunidad, como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar” (CAFFERATA NORES, “**Cuestiones actuales sobre el proceso penal**”, 2ª edición actualizada. Editores del Puerto, Pág. 38.)”.-

18 III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado durante los días 23 al 25 de septiembre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, organizado por la Universidad de Cantabria (España) - Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica

Conceptualización de los daños punitivos

Llegados a este punto se impone avanzar entonces en la conceptualización del instituto sometido a estudio. La expresión daños punitivos, traducción literal de la inglesa “punitive damages”, no tiene tradición en nuestro derecho argentino¹⁹. Por ello es menester a los efectos de su comprensión, recurrir a la definición que sobre la misma dan los diccionarios jurídicos del common law. De tal forma, el recordado Bustamante Alsina los ubicaba, dentro de las distintas acepciones propias del término, en los “exemplary damages”, los cuales son “una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición, por cuya razón son también llamados “punitive o punitory damages” o “vindictive damages” o vulgarmente “smart money”²⁰.

de los Consumidores y la Facultad de Derecho (UBA) - Departamento de Derecho Privado.

19 Bien sostiene Carlos Brun que “Si bien la institución que nos ocupa, tiene origen en el “Common Law” británico, es en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, donde tuvo, y tiene mayor difusión doctrinaria y jurisprudencial, entendiendo Trigo Represas y López Mesa, siguiendo a Salvador Coderch que “esta institución hoy resulta arquetípicamente norteamericana” (BRUN, Carlos A. “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”)”, DJ 2004-3, 1228).-

20 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “**Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil**”, La Ley 1994-B, 860.-

En palabras de Pizarro (primer autor que planteó la necesidad de su incorporación a mediados de la década del 90), los daños punitivos “son sumas de dinero, que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (...) Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos o simplemente, smart Money”. Por su parte el ilustre autor reconocía que resultaba controversial que el monto de la pena fuera entregado a la propia víctima²¹.

Carlos Brunlo define como “la condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto, como consecuencia de la comisión de un acto ilícito, por encima del efectivo resarcimiento de aquel”²².

Por su parte, Martinotti afirma que para sintetizar la definición de “daños punitivos o ejemplares” dada por el conocido diccionario jurídico Black’s Law Dictionary, se puede decir que son una indemnización incrementada que se otorga al actor por encima de lo que meramente le compensaría el daño patrimonial, cuando dicho daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, o una conducta dolosa por parte del demandado. Uno de los propósitos de los mismos es hacer del caso un ejemplo, razón por la cual también se los dan en llamar “punitive damages” o “vindictive damages”. A diferencia de la indemnización que se concede por los daños y perjuicios efectivamente sufridos, la que corresponde a los

21 PIZARRO, Ramón D., “**Daños Punitivos**”, “Derecho de Daños (Segunda Parte)”, p. 287, Ed. Larocca, Buenos Aires, 1993.-

22 BRUN, Carlos A. “**¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador?** (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”)”, DJ 2004-3, 1228.-

daños punitivos se basa en una política legislativa totalmente diferente -ésta sostiene el castigo o pena del demandado y el ejemplo para aquellos autores de actos ilícitos similares-. De este modo, en los casos que se probara que el demandado hubiera actuado intencional, maliciosa o fraudulentamente, podrá concederse al actor además de la indemnización por los daños efectivamente sufridos, aquella suma impuesta con carácter punitivo o ejemplar. Así, el autor conceptualiza la figura como “sumas de dinero que los jueces ordenan pagar, que sin corresponder a una lesión determinada del accionante se agregan a las indemnizaciones por daños efectivamente sufridos, y cuya finalidad es por un lado sancionar al demandado (sujeto dañador) que ha incurrido en una grave inconducta, y por el otro lado disuadir o desanimar acciones del mismo tipo. En este sentido los daños punitivos no compensan los daños sufridos (ni patrimoniales, ni morales) sino que se agregan a ellos”²³.

En nuestra opinión, los daños punitivos son sanciones económicas que los jueces imponen a los causantes del obrar lesivo, con tres finalidades: 1) dismantelar el negocio surgido de la violación de la ley y los derechos de los co-contratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquél; 2) la de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador, que actúa con indiferencia para con la vida, la salud o los bienes de sus co-contratantes, y 3) la de no permitir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, en base a principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o la violación de la ley, generando de esta manera incertidumbre respecto de los montos finales que el dañador deberá en definitiva afrontar, convirtiendo de esa manera a la pena en verdadera aflicción, por cuanto a las reparaciones

23 MARTINOTTI, Diego F. “**Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998**”, LA LEY 2001-F, 1317.-

y restituciones debidas, se sumará una multa que hará que un negocio que a las resultas derivaría en el peor escenario como neutro, se transforme en negativo, al perder no sólo las ganancias sino también tener que pagar una multa por sobre las mismas, afectando directamente su patrimonio.

La multa civil en el Proyecto de Unificación 1998

En cuanto a los antecedentes de la figura en el ordenamiento argentino, vale citar la inclusión de la figura en el frustrado proyecto de unificación del año 1998. Allí, su alma mater el Profesor Alterini afirmaba que el norte perseguido por la norma era el de la prevención del daño, y que la denominada multa civil (terminología más acorde a nuestra idiosincrasia que el concepto “daños punitivos”) era una de sus principales herramientas. Así, en un trabajo en el cual respaldaba y fundamentaba las razones de cada una de las reformas, sobre este tópico sostenía:

“Con respecto al primero de los mencionados mecanismos de prevención --la consagración explícita del deber de evitar el daño--, el art. 1585 del Proyecto establece que “Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido.

“Correlativamente, el art. 1587 dispone: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien

actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

“En Europa se ha desarrollado la idea de pena privada, que Hugueney desarrolló tempranamente en Francia (*“L'idée de peine privée en Droit contemporain”*, Dijon, 1904), y que en la actualidad está firmemente establecida (por todos, Viney, G., *“Les obligations. La responsabilité: effets”*, Paris, 1988, N° 4, p. 5). La regulación propuesta por el Proyecto de 1998 está emparentada con dicha idea de pena privada y, en particular, con la de daños punitivos --o, mejor dicho, condenaciones punitivas--, de los que trata el § 908, ap. 1, del *Restatement of Torts 2nd.*, según el cual sirven para “penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar en el futuro”, por lo que cumplen funciones de prevención especial y de prevención general. El apart. 2 del mismo § 908 del *Restatement* especifica que los “daños punitivos” pueden ser aplicados “por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos”, tomando en consideración “el carácter del acto del demandado, la naturaleza y la extensión del perjuicio que el actor causó o intentó causar, y la fortuna del demandado”. En Inglaterra --no obstante que los punitive damages fueron restringidos en 1964 por la sentencia de la Cámara de los Lores en la causa *“Rookes v. Barnard”* [A.C. 1129]-- son otorgados si el condenado obtuvo beneficios superiores al monto de la indemnización. En Francia, la sentencia del 13 de febrero de 1991 dictada en la causa *“Belmondo”* --según el criterio del primer Abogado General Lindon-- incriminó a quienes “se especializan en la revelación de secretos de alcoba [pues] saben antes de publicar una indiscreción o una

fotografía que les valdrá un proceso y una condena, consultan con su abogado sobre el monto probable de esta condena, y, después de haber comparado esta evaluación con la cifra de sus negocios, toman alegremente la responsabilidad de exponerse a los rayos por demás mojados de la Justicia” (J.C.P., 71, II, 16774)”.

Del artículo proyectado podía inferirse entonces:

a - Que su aplicación era una potestad concedida al Magistrado interviniente.

b - Que éste podía utilizar la misma, sólo cuando estuviese en presencia de una actuación marcada por la grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva.

c - Que de considerar su aplicación, el Magistrado debía fijar su monto considerando las circunstancias del caso, siguiendo como pauta los beneficios que el agente dañador obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.

d - Que el destino sería el que le asignara el Magistrado actuante.

La redacción dada al citado artículo mereció una fuerte crítica de la doctrina nacional. Así, el Maestro Mosset Iturraspe, férreo defensor de la figura pero no del texto citado, afirmaba que “La multa civil se relaciona con una sanción dineraria de importancia, de cuantía elevada, que viene a sumarse a la indemnización que se le otorga a la víctima. Si fuera una suma módica no cumpliría su cometido disuasorio. El agente preferiría seguir actuando, como lo venía haciendo, motivado por los beneficios que obtuvo o puede seguir obteniendo.

“¿Y quién podrá pagarla? ¿Qué patrimonio será lo suficientemente solvente para abonar, a la vez, la indemnización y la multa? Es obvio que la aplicación del daño punitivo no puede ir en desmedro o detrimento de la reparación del daño causado.

“Los interrogantes, las dudas, no impiden nuestra adhesión, firme y convencida, al instituto que se incorpora. Apuntan, sí, a

procurar una redacción que supere algunos de los inconvenientes y de bases más firmes a la actuación judicial.

“Porque conocemos sobradamente los argumentos de los “opositores” a la multa civil, algunos de los cuales ya hemos recordado.

“Son, en muy buena medida, los mismos que se oponen a los avances del “derecho ambiental” o del relativo a los productos elaborados, invocando la necesidad de “dejar hacer”, el orden invisible del Mercado y que es el mismo Mercado el que corrige sus excesos o errores. Orden espontáneo al cual contradice la “injerencia del derecho del Estado”, verdadera “interferencia jurídica en el mundo de la economía”, al decir de sus corifeos”.

Así entonces, el autor criticaba la vaguedad acerca del destino de la sanción, afirmando entre otros pasajes, que juzgaba excesivo que fuera el tribunal, en cada caso, el que determinara el destino “por resolución fundada”. Así afirmaba “Imaginemos la serie interminable de destinos que los diferentes tribunales pueden establecer- con una visión optimista que crea en la vigencia de la norma, en su aplicación- desde la Casa Cuna, al combate contra las plagas de la agricultura, pasando por la educación, los hospitales o el fomento de la cibernética”.

Brun²⁴ por su parte formulaba los siguientes cuestionamientos: a) el hecho de que la aplicación fuera una “atribución judicial”, exigiendo en su lugar presupuestos objetivos de procedencia; b) la incorporación del nuevo factor de atribución de responsabilidad “grave indiferencia”, reclamando por el contrario el uso de la culpa o el dolo si es que se pretendió encuadrar a la misma dentro de la responsabilidad subjetiva; c) la carencia de pautas más precisas, d) el destino de la multa, al librarlo a la discrecionalidad del Juez.

24 BRUN, Carlos A. **¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador?** (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”), DJ 2004-3, 1228.-

Martinotti²⁵ por su parte, directamente comenzaba planteando su inconstitucionalidad, fundado en que se estaba en presencia de verdaderas sanciones de tipo penal, y que de aplicarse se violarían las garantías que otorga el proceso penal y que podría llegar a ser aplicada la multa civil aún en caso de no mediar delito definido. A su vez, traía a colación la aplicación del *non bis in ídem*, sosteniendo que “una gran cantidad de casos en los cuales proceden los daños punitivos son supuestos en los que la conducta encuadra dentro de un delito de tipo criminal, con la consecuente doble punición”. Afirmaba que esta sanción implicaba para la víctima un enriquecimiento indebido. Cuestionaba la arbitrariedad de su disposición, dejándola al sólo arbitrio del Juez. Cuestionaba también que con la norma proyectada se violaría el derecho de propiedad del dañador, sin explicar la razón de tal conclusión. Por último, criticaba el concepto “grave indiferencia”, por su flexibilidad e indeterminación.

Fundamentos contrarios a su validez en el ordenamiento argentino

Bustamante Alsina, en la fundamentación del rechazo a la incorporación de esta novel figura, afirmaba que en nuestro sistema legal no existen penas privadas. Así, sostenía que el “eje de nuestro sistema de responsabilidad civil está en el art. 1109 que tiene su fuente en los arts. 1382 y 1383 del Código Napoleón: “Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño u otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. El autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo. Si hubiere actuado con dolo o sea a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro habrá

25 MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY 2001-F, 1317.-

cometido un delito civil (art. 1072, Cód. Civil). En este supuesto intencional tampoco está sujeto a otra sanción que no sea la reparación del daño, aunque la extensión del resarcimiento debido alcanza hasta las consecuencias puramente casuales cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905, Cód. Civil)”.

Esta visión ajustada al criterio restrictivo, fue puesta en jaque por la pluma siempre lúcida de la Profesora Kemelmajer de Carlucci²⁶, quien afirmaba que jerarquizados autores italianos (entre los que citaba a Paolo Cendon), sostenían que la responsabilidad civil cumple funciones múltiples: reintegradora, preventiva, sancionadora y distributiva. Afirman que debe renunciarse a una visión fragmentaria; no hay que elegir sino sumar una serie de compartimentos que no son estancos: daño, imputabilidad, causalidad, injusticia. La responsabilidad civil al decir de Hugueney, cumple también una función política de prevención, de disuasión de los comportamientos antisociales. La falta de esta visión global trae como consecuencia negativa que deba consentirse la insoportable impunidad de quien viola la lealtad, las expectativas, el decoro, la verdad procesal, la concurrencia, las tratativas, las relaciones crediticias, la paz de los espíritus, etc., pues muchas veces el lucro obtenido por el autor de la conducta antijurídica es sensiblemente mayor al daño padecido por el titular del derecho violado. De tal manera, no se busca eliminar el principio de la reparación integral, sino, sin tocar éste, encontrar una previsión legislativa que disponga además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente afflictivo.

Ahora bien, con vistas a la afirmación del mérito Bustamante Alsina respecto de la inexistencia de penas

26 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados “Daños Punitivos” en el Derecho Argentino?, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXXVIII, Número 31, Buenos Aires, 1993, pág. 71 y sgtes.-

privadas en nuestro ordenamiento, encontramos elementos que contradicen tal afirmación. Es que la fundamentación dada en el marco del derecho civil, encuentra un tratamiento diferencial por ejemplo, en el derecho comercial, en especial en el derecho societario que no es más que un capítulo de este Código. Así, el art. 133 de la ley de sociedades comerciales Nro. 19550 y modif., al tratar el régimen de la sociedad colectiva expresamente establece:

“Actos en competencia. Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios.

“Sanción. La violación de esta prohibición autoriza la exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños”.

El artículo citado establece claramente dentro del marco del Derecho Comercial, una pena privada a favor de la persona jurídica lesionada. Es que la norma es terminante, al resarcimiento de los daños (reducción de ventas por la actuación del socio en competencia, divulgación de secretos, etc.), se le suma la incorporación a la sociedad de los beneficios obtenidos por el socio competidor con la actividad efectuada en provecho propio o de terceros. Y la finalidad es clara. Se busca expresamente desincentivar la práctica lesiva, imponiendo una sanción que no admite ecuación previa. Así, la sociedad afectada recibirá tanto lo que por derecho indemnizatorio le corresponde, como así también, las ganancias obtenidas por el competidor. De esta manera, aún cuando hubiese valorado el socio que el daño sería compensado por una parte de las ganancias conforme el derecho de daños regulado por el Código Civil y que ello igualmente sería negocio, es decir, que violar la ley igualmente le brindaría ganancias sin incurrir en delito penal alguno, la ley comercial opta por fijar sus propias pautas y modificar en lo que a los socios respecta, el régimen

general del Derecho Civil. Y algo similar parece surgir del artículo 54 de la misma ley, cuando se regula el supuesto de “Dolo o culpa del socio o del controlante”. Así, en el segundo párrafo expresa claramente que “El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”. Aquí no importa si existió daño o no; las ganancias ingresarán a la sociedad a pesar de haber sido generadas por un tercero. Esto es una pena privada.

Pero a las mismas, deben sumarse las que bien identifica Aída Kemelmajer de Carlucci, al decir que las penas privadas hoy se presentan en la más diversas figuras del derecho de las obligaciones (astreintes), de familia (privación de la patria potestad), en el derecho sucesorio (indignidad para suceder), en los contratos (cláusula penal), en el derecho laboral, en la legislación monetaria, urbanística, agraria, etc.²⁷. En consecuencia, las sanciones privadas no son desconocidas para nuestro ordenamiento.

Y lo mismo sucede con el caso bajo estudio. Aquí al igual que en el supuesto del Derecho Societario, el Derecho del Consumo ha decidido apartarse de los pilares de la responsabilidad civil establecidos por el Derecho Civil, y en consecuencia, generar un régimen sancionatorio que reconoce las penas privadas.

En una brillante nota elaborada por Sebastián Picasso²⁸, el mismo afirmaba “Ahora bien, es indudable que determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico una respuesta más enérgica que la simple reparación

27 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “¿Conviene la introducción de los llamados “Daños Punitivos” en el Derecho Argentino?”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXXVIII, Número 31, Buenos Aires, 1993, pág. 71 y sgtes.-

28 PICASSO, Sebastián. “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, Doctrina, LA LEY 2007-F, 1154.-

del daño causado. Sin embargo, la primera pregunta que habría que formularse al respecto es si es necesario que esa respuesta provenga del derecho civil”. Y nuestra respuesta (contraria a la del destacado autor) es que la misma proviene no del régimen general, sino de este ordenamiento especial. No es el Derecho Civil, sino el Derecho del Consumo el que viene a instalar este instituto, pero limitando su campo de aplicación a las relaciones de consumo estrictamente.

Por eso es que las críticas efectuadas a la reforma proyectada por el Código de Unificación, aquí no tienen andamiaje, puesto que se crea un sistema reparador propio de una rama del Derecho específica, que se aparta del régimen civil y que crea sus propios institutos acorde a la realidad negocial, social y económica de ese sector. De allí que se podrá sostener que las penas privadas no pueden resultar aplicadas con criterio general (extremo que no compartimos), pero lo que no se puede cuestionar es que cada rama del Derecho puede imprimir las modificaciones que estime pertinentes al mismo. Así lo ha hecho el Derecho del Consumo atento su compleja y particular problemática. De allí, que su validez legal y por sobre todo constitucional, resulte innegable.

En consecuencia, los daños punitivos deben ser recibidos con beneplácito y satisfacción por el mundo jurídico vernáculo.

Los daños punitivos incorporados al ordenamiento argentino

Luego de los intentos frustrados y los debates generados, los daños punitivos han encontrado su lugar en el ordenamiento nacional. El nuevo artículo 52 bis de la ley 24.240 corporiza la decisión de nuestros legisladores de brindar nuevas herramientas que dismantelen los ilícitos, los abusos, el negocio de dañar, y de esa manera, se convierta

en un elemento preventivo, disuasivo del daño. Vale destacar que pese a su encabezado bajo el título “Daño Punitivo”, el legislador no se ha privado de utilizar el término más acorde a la figura en estudio, de “multa civil”. Es más, la referencia al daño punitivo sólo existe en su encabezado, más en el cuerpo del artículo el término “multa civil”, se utiliza en forma exclusiva y en dos oportunidades.

Así entonces, el nuevo texto establece:

‘Artículo 52 bis.- Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley’.

En consecuencia, desagregando cada uno de los pasajes de la norma, podemos analizar el texto vigente.

a - El proveedor como sujeto pasivo de la sanción

El artículo principia estableciendo que el mismo resultará aplicable a quien detente la calidad de proveedor, figura que es definida en el nuevo artículo 2 de la ley como “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”. En consecuencia, todo integrante de la cadena de producción,

distribución y comercialización, resulta sujeto pasible de la eventual aplicación de la norma.

b - Incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para su procedencia

Ahorabien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más.

En su momento afirmamos que este pasaje es de una amplitud inusitada, que no se condice con la figura modelo de la cual ha sido tomada. Hemos desarrollado in extenso en este trabajo la conceptualización dada a la figura bajo estudio, con la cual se busca eliminar, por una parte los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, y a su vez, castigar la actitud desaprensiva y desidiosa para con el afectado. Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura, establecía antes de la incorporación del art. 52 bis, que uno de ellos era la “grave antijuridicidad de la actividad dañosa”. Así, explicaba junto a su hijo que “El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio ... Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso”²⁹.

29 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín. “**Indemnización Punitiva**”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Dir. BUERES, Alberto José – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 188.-

Nuestra novel norma no establece recaudo alguno de procedencia más que el mero incumplimiento contractual o la violación de obligaciones legales para con el consumidor. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico. Entendemos en consecuencia, que allí donde haya un reclamo por un derecho violado, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos. Sólo que los mismos procederán siempre que el Juez interviniente así lo considere.

Esta línea fue seguida por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina S.A.”³⁰, la cual sostuvo en su resolución que “Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma solo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el

30 C1aCiv. y Com., Mar del Plata, sala II ~ 2009/05/27 ~ “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El debut de los daños punitivos”, RCyS 2009-VII, 62. El caso data del día 17 de mayo de 2008 en horas del mediodía, cuando el actor en su carácter de usuario de la empresa de telefonía Movistar propiedad de la demandada y que utiliza una silla de reudas, se dirigió a la sucursal que la misma poseía en ese tiempo en la ciudad de Mar del Plata atento su necesidad de efectuar quejas y reclamos varios por el servicio. Al llegar al lugar advierte que no existe rampa alguna para poder acceder, por lo que solicita la ayuda del personal de seguridad a fin de ser trasladado por las escaleras hacia el interior. Es en dicha circunstancia que se presenta una persona que lucía el uniforme identificador de la empresa, informándole que ello no era posible ya que el seguro no los cubría si le pasaba algo al ser subido por la escalera. Así entonces, le ofrecen atenderlo en la vereda, a lo cual se niega por considerar que como cualquier otra persona tenía derecho a ser atendido en la oficina y dado las inclemencias del tiempo. Más finalmente debió acceder a ello ante la imposibilidad de ingresar al local y ante la necesidad de solucionar su problema, sin perjuicio de denunciar el acto discriminatorio de que había sido objeto. Luego de una instancia conciliatoria fallida en la Oficina Municipal de Información al Consumidor, incoa la acción que da base a la sentencia citada.

daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Alvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LA LEY, 2008-D, 58). Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que solo deba condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo calculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. EL nuevo artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal (López Herrera, Edgardo, “Los Daños punitivos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 365)³¹.

Por su parte, el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores ya citado, resolvió sobre el punto por Unanimidad que la petición de daños punitivos resultara valida y justificada en cuanto se acredite **un incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor**. En consecuencia, la no imposición por parte del juez de la multa civil no generara costas.

c - Requiere petición de parte

Ahora bien, la norma establece que su aplicación no es potestad exclusiva del Juez, sino que requiere de un prius,

31 Este criterio ha sido seguido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, con fecha 26/03/2010, en autos “Ríos, Juan Carlos c. Lemano S.R.L. Altas Cumbres” (RCyS 2010-XII, 225).

de un paso previo para habilitar su procedencia: la petición del interesado.

Creemos que esto resulta desacertado, por cuanto la facultad sancionatoria no puede quedar sujeta al conocimiento que de la figura bajo estudio tenga el afectado, cuando en verdad es una herramienta preventiva que el Estado ha instaurado. El Juez debería contar con la potestad de aplicar la sanción siempre que lo considere necesario, y no de acuerdo a la voluntad del consumidor.

Es más, nos preguntamos entonces cuándo será la oportunidad de formular la petición. Y si bien un primer impulso nos lleva a formular la petición al momento de incoar la demanda, creemos que no existe en la norma comentada límite alguno que impida hacerlo con posterioridad. Imaginemos el caso de quien inicia una causa por lesiones producto de la ingesta de un alimento, y de resultados de la pericia practicada en la misma se descubre que el empresa demandada utilizaba un componente cancerígeno prohibido, mucho más barato que los insumos legales. Tal situación no podría quedar exceptuada de la aplicación de esta sanción punitiva por el sólo hecho de no haber sido reclamado el daño en instancia originaria. Por el contrario, entendemos que el daño punitivo podrá solicitarse en cualquier momento de la causa, cuando surja un hecho nuevo que permita argumentar su procedencia. Es más, tomemos como ejemplo el recordado caso del Ford Pinto³². El primer damnificado jamás supo que la empresa

32 “Grimshaw vs. Ford Motors Co.” del año 1981, en el que como consecuencia del accidente sufrido por el automóvil “Ford Pinto” éste se incendió y provocó graves quemaduras a una niña que se encontraba en su interior. En el caso no solo se comprobó una grave deficiencia constructiva en la ubicación del tanque de combustible, que era propenso a incendiarse en caso de ser el vehículo chocado desde atrás a una cierta velocidad, sino también, que la fábrica tenía conocimiento de tal defecto y decidió no rescatar las unidades vendidas, por ser más económico indemnizar a las dos o tres víctimas posibles por año, que realizar las reparaciones pertinentes en los vehículos en circulación.

conocía el defecto de diseño. Sólo ante la reiteración de casos iguales, uno de los reclamantes se dio cuenta de que existía un problema común y avanzó más allá, obteniendo la prueba que acreditó la actitud desaprensiva de la demandada. Si dijésemos que el único momento válido para peticionar el daño punitivo es al tiempo de presentar la demanda, aquél que revistió la calidad de primera víctima y que quizá no podía siquiera suponer que había una actitud desaprensiva como la posteriormente acreditada, se vería privado de acceder a una reparación que de haberla peticionado, le hubiera correspondido. Esto resulta inaceptable, y consideramos que esta exigencia no podrá convertirse en valladar para la procedencia de la sanción, por lo cual, durante la tramitación de la causa podrá solicitarse la aplicación de la multa civil cuando existan elementos novedosos que permitan su formulación.

No obstante, atento la incertidumbre que genera la falta de precisiones de la norma, a fin de aventar cualquier riesgo, la regla será solicitar este daño desde el inicio, a fin de dejar habilitada la vía para que el Juez en caso de considerarlo, aplique la sanción.

Sin perjuicio de ello, el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores ya citado concluyó por que “Debe modificarse la exigencia de que sea el consumidor quien deba solicitar la aplicación de la sanción, atento estar involucrado el orden público”.

A su vez, y en vistas del régimen legal vigente, se decidió también por Unanimidad que “El consumidor **puede peticionar en cualquier momento** del proceso la imposición de daño punitivo, en razón de ser esta una potestad conferida exclusivamente al magistrado con fundamento en sus facultades instructorias”.

d - Potestad judicial

En sus orígenes fuimos muy críticos de esta solución, y entendíamos que debían establecerse pautas objetivas

de procedencia y no dejarse la cuestión librada al criterio judicial, para colmo, sin ningún tipo de parámetro, dado que la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, sólo sirven para graduar la sanción, no para fijar su procedencia. Bien sostiene Pizarro, citando al jurista brasileño Wilson Melo da Silva (*O dano moral e sua reparação*) que "... factores varios y de diverso orden, siempre influirán en la exégesis legal. Simples circunstancias ocasionales, mejor o peor formación moral, complejos y preconceptos del aplicador de la ley, temperamento más o menos apático, mayor o menor grado de emotividad. Todo eso, sumado al final, acabaría por explicar bien la diversidad de actitud y juzgamiento frente a los mismos textos legales"³³.

Entendemos que es el ordenamiento el que debe determinar los supuestos de procedencia, y después sí, dejar librado al Juez en su caso la magnitud de la sanción a aplicar, más nunca sujetar la existencia del instituto al amanecer que haya tenido Su Señoría, que en definitiva, no es más que un hombre como cualquier otro, con sus virtudes y defectos. Y como bien reseña Pizarro cuando lleva adelante similar crítica a la potestad conferida al Poder Judicial para decidir el otorgamiento o no del daño moral contractual, citando a Jerome Frank, afirma que "...con el juez y la ley sucede algo parecido a lo que ocurre con el músico y la partitura musical. La partitura que ejecuta el juez es la propia ley. La partitura es siempre la misma, con sus propias notas y compases. La interpretación, en tanto, difiere en cada caso, por el signo personal del intérprete, tornándose mágica o pobre por el mayor o menor tono emocional y calidad de aquél". Aquí sucede lo mismo. No puede dejarse a criterio del músico la existencia o no de la partitura, como tampoco puede sujetarse la existencia de un remedio de semejante

33 PIZARRO, Ramón Daniel. "**Daño Moral**", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 198.-

magnitud y relevancia, al sólo criterio del Magistrado actuante. No obstante, en base a la redacción actual, quien posee esta herramienta es el Magistrado en virtud de la manda constitucional del art. 42.

Por último, vale también destacar que la ubicación dentro de la ley de este artículo, sumado a su texto expreso, deja expresamente sentado que esta es una potestad sólo concedida al Poder Judicial, razón por la cual, la aplicación de daños punitivos no podrá nunca ser solicitada en sede administrativa, aún cuando se reclame la aplicación del daño directo contemplado en el nuevo artículo 40 bis.

Ahora bien, esta solución de la ley posee impacto en el proceso judicial, dado que como bien se ha concluido por Unanimidad en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica del Consumidor, **“El consumidor no debe mensurar el daño punitivo** al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal”. Esta es una conclusión práctica y directa de la decisión adoptada por el legislador.

e - Destinatario

La norma establece con absoluta claridad que el destinatario de la sanción económica será el consumidor. De esta manera responde al modelo tomado como referencia, y desecha la tan criticada solución que brindaba el proyectado Código de Unificación al sujetar su destino a la voluntad exclusiva del Magistrado interviniente.

Más allá de los debates y críticas que esta solución ha generado, y sin perjuicio de sostener que existen soluciones superadoras que oportunamente expusimos³⁴, creemos que

34 En el artículo citado en la nota 1 de este artículo, sosteníamos “V. Destinatarios de la pena. Debemos realizar algunas distinciones al respecto. En primer lugar, determinar si el afectado es una persona o grupo de ellas fácilmente determinable: en ese caso la pena debe distribuirse entre los

dentro del marco en el cual se debatía la solución, la adoptada se presenta como la más acertada a fin de coadyuvar como incentivo para que el consumidor se convierta en un fiscal del correcto funcionamiento del mercado³⁵.

misimos. Por ejemplo contabilizando el número de autos Pinto vendidos por Ford, debería formarse con el monto surgido de la punición un fondo común, siendo administrador del mismo el juez de la causa. A continuación, debe procederse a publicar por los medios de prensa masivos, que aquellos que posean el producto defectuoso en su poder, deberán presentarse en el expediente a efectos de entregar el vehículo para ser canjeado por la parte proporcional que le corresponde en dicho fondo, en un plazo perentorio, con más el valor de su rodado. De esa manera se distribuiría el capital de forma equitativa, en tanto que aquel que ha sufrido el daño participará en dicho fondo, en tanto su auto ha sido destruido, además de recibir la plena reparación que el ordenamiento establece por los daños sufridos. Transcurrido el citado plazo, de haber remanente, el mismo debería destinarse a instituciones de bien público. En caso de ser imposible la determinación de los afectados (por ejemplo, desastre ecológico), debería el juez ordenar se efectúe una estimación por peritos del número posible de afectados, y en base a ello, ordenar en categorías, conforme bases objetivas, a los damnificados, según el grado de afección. Dentro de dicho grupo, el monto se dividiría entre el número que el estudio arroje como posibles afectados. Ello, amén de las indemnizaciones que correspondan en cada caso. Aquí también regiría un plazo perentorio, operado el cual, los fondos serán destinados a una institución de bien público”.

- 35 Como lo sostuviéramos en un anterior trabajo “Vale entonces detenerse mínimamente en el contenido de la corriente seguida por nuestra Carta Magna. La teoría maximalista concibe al Derecho del Consumo como un ordenamiento superador de la idea de mero protector del consumidor final y desvalido, que se erige como nodo central del sistema comercial, adoptando el rol de marco legal regulador del mercado del consumo íntegro, superando la figura del individuo, objetivándose. Esto cambia todo lo conocido en materia de “derecho penal económico”, atento que hasta la incorporación del art. 42, las leyes de lealtad comercial y de defensa de la competencia eran las herramientas reguladoras por excelencia del mercado. Y respecto de éstas, sus comentaristas y la jurisprudencia surgida en torno a las mismas, explicaban con total claridad que su objetivo inmediato es el de proteger la libre y sana competencia en el mercado, preocupados por fijar reglas claras entre comerciantes con una idea propia del Medievo. De tal manera, con esa impronta idealizada de la mano invisible del mercado, se llegaba a la conclusión de que la pelea sincera y pura entre los empresarios, terminaría de manera mediata protegiendo los intereses de los consumidores. Sin embargo, la realidad ha demostrado que no se ha logrado ni una cosa ni la otra. El consumidor jamás recibió los beneficios “indirectos” proclamados por dichas normas. Por ello, el régimen legal argentino ha dado un vuelco radical en la materia. Aquí se ha tomado conciencia de que el mercado

sólo puede fiscalizarse y regularse de manera efectiva, invirtiendo los roles hasta ahora concebidos para los distintos agentes del campo negocial. El consumidor ha dejado de ser el actor de reparto (beneficiario indirecto de las normas reguladoras del comercio), sino que, por el contrario, es el ordenamiento legal originariamente surgido en razón de su persona el que persigue en la actualidad el albur del mercado justo declamado por los defensores del “libre comercio” (y lo hace de manera mucho más eficiente, vale decirlo). Y ello es lógico y plausible. Es que en la realidad cotidiana, salvo la actuación de oficio de la Autoridad de contralor (lógicamente incapaz de alcanzar todos los sucesos violatorios de la diáfana competencia atento contar con recursos finitos), es raro ver que un empresario inicie una acción judicial o administrativa contra otro par, fundado en que la publicidad de éste es engañosa y que le quita mercado, puesto que de seguro, él mismo tiene también sus prácticas que esconder. Sólo lo hará cuando la contraria realice publicidad comparativa que afecte su imagen o marca, pero no cuando la empresa competidora promociione falsas calidades de bienes o servicios, sin efectuar referencia alguna a los suyos. Por lo tanto, en Argentina nadie denuncia al empresario infractor, tal vez por el temor a las represalias o a ser él quien en el futuro se encuentre en el sillón de los acusados. Rige en verdad, como en la teoría de los juegos, el denominado “dilema del preso”. Si ninguno “traiciona” al otro, no se podrá probar el delito, y así, la víctima (en este caso el consumidor), se quedará sin Justicia. Estos recursos técnicos han quedado desactualizados por cuanto fueron pensados para otros tiempos donde el mercado era reducido, y el Estado poderoso. En ese proyecto de actuación estatal, el denominado “Estado Policía” asumía el rol de fiscalización y control de todo cuanto sucediera en el comercio, cargando sobre sus espaldas la persecución y el castigo de las violaciones. El Estado lo era todo y en él se descargaba todo. El punto es que esa “ideología” ya no resulta acorde con nuestra realidad actual. El mercado se ha fragmentado y complejizado de un modo hasta ahora nunca visto. Las personas jurídicas se multiplican a diario al compás de la bonanza económica de algunos sectores; las operaciones comerciales adquieren tecnicismos indescifrables; y ante este escenario el Estado, otrora portentoso, hoy asiste a su propio desborde y crisis, lo que lo torna ineficiente para cumplir con la tarea antiguamente asignada. De allí entonces que el Constituyente del 94^o haya optado por consagrar como pilar fundamental del sistema regulador del mercado al Derecho del Consumo, el cual ha venido a romper con todo lo conocido, ampliando el número de fiscales de la ley, descargando el control, no sólo en el Estado, y en los inactivos empresarios, sino también en los consumidores, las asociaciones de consumidores y los nuevos organismos públicos de control con competencia en la materia, a nivel nacional, provincial y municipal. De esta manera, son ahora los damnificados los que denuncian las prácticas violatorias de sus derechos. Y la ventaja de este nuevo régimen, es que éstos no tienen intereses en juego ni temor alguno a las represalias. Así, el Derecho del Consumo ha declarado la vetustez e insuficiencia del viejo régimen (sin perjuicio de pasar a ser dichas normas, complementarias

Tomemos como ejemplo el reciente fallo dictado por un Juzgado de Medellín en una acción popular incoada contra Panamco, la embotelladora de Coca Cola en Medellín, donde se le dio tres meses para que ajuste los procesos de llenado de sus productos. El recurso legal fue interpuesto por una persona que habría sufrido una intoxicación en agosto del 2003 después de tomar una Coca Cola, alegando la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, así como a los derechos de los consumidores y usuarios. El juez 17 del Circuito, José Manuel Cuervo, realizó una inspección a la planta con funcionarios del Invima y constataron que existían falencias en el procedimiento para detectar cuerpos extraños. “Estos hechos constituyen un indicador de fallas que configuran riesgos en el proceso de embotellamiento del líquido en la planta que tiene la compañía accionada en la ciudad de Medellín, situación que le generó daño

del régimen tuitivo del consumidor), y en consecuencia, dando carta de ciudadanía a un régimen que lo ha cambiado todo, y que, por lo tanto, excede la humilde figura del consumidor desvalido, para pasar a ser eje central de un mercado de reglas claras y competitivo. Es que cuando un consumidor denuncia una publicidad falsa, y obtiene el cese de su difusión, no sólo está protegiendo sus derechos y los de los demás consumidores, sino también, ahora indirectamente, los del competidor de esa empresa denunciada que iba a ver reducidos sus ingresos por la canalización de muchos de sus clientes a manos de quien en verdad, no iba a dar un servicio mejor ni de mayor calidad del que él ofrecía. Es que no debe olvidarse que el consumidor que adquiere un bien de mediana envergadura, una vez que ha optado por celebrar el vínculo con el comerciante desleal, en primer lugar le resulta muy difícil romper el acuerdo una vez constatado el engaño, y a su vez, por lo general carece de fondos como para intentar una segunda compra con el que no lo engañó. Por ello, una elección equivocada, inducida por el inescrupuloso, saca del mercado a los que caen presos del engaño, y de allí, que la competencia pierda irremediablemente. Por ello, reitero, el Derecho del Consumo regula precisamente las “relaciones de consumo”, pero desde un lugar diametralmente opuesto a lo hasta aquí conocido. El mercado ya no es un campo propio de las empresas, ahora es un espacio en el que también juega, y cada vez con mayor protagonismo, su verdadera razón de ser: el consumidor. Porque bueno es recordarlo, verdad de Perogrullo si las hay: sin consumidor no hay mercado” Ver ALVAREZ LARRONDO, Federico M. **“Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal”**, Nota a Fallo, LA LEY 25/03/2008, 5.-

al accionante y si no se adoptan los correctivos del caso puede seguir generando daño a los consumidores de la gaseosa Coca Cola”, dice la sentencia. El fallo obliga a la empresa a mejorar su planta en Medellín para garantizar la limpieza interna de las botellas instalando dispositivos electrónicos que detecten cuerpos extraños, o demostrar con una certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio que cuenta con tecnología de punta capaz de garantizar altos niveles de seguridad y salubridad. Pero además, se la obligó a pagar en el mismo término un incentivo de 25 salarios mínimos mensuales a la persona que interpuso la acción popular, 5 salarios a una persona que actuó como coadyuvante y 25 para el Fondo para la Defensa de los Derechos e intereses colectivos³⁶.

Ahora bien, en base a este supuesto, y conforme con nuestro nuevo ordenamiento, nos planteamos el caso de aquella persona que denuncia la falta de seguridad, pero que no sufrió daño alguno en su persona puesto que antes de abrir la botella, descubre en su interior restos de elementos no aptos para el consumo. En este caso, el único perjuicio es el del valor erogado por un producto que no cumplía la finalidad prometida o esperada, salvo que reclame un eventual daño psicológico o moral por la pérdida de “confianza” en el sistema. De esta manera, el escaso valor del monto en juego que demandará más gastos que sumas a recobrar, hará que el afectado carezca de “motivación” para comenzar un peregrinar administrativo y judicial. Y esto perjudica al sistema íntegro, puesto que el generador del riesgo, el que monta cadenas de producción inseguras, el que no respeta estándares de calidad, seguirá viéndose beneficiado por la inacción de los afectados, y sin necesidad de corregir el obrar irregular. Es esta actitud la que se busca desalentar con el presente instituto. La

36 http://www.eltiempo.com/nacion/medellin/2008-02-28/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3978586.html

posibilidad actual de que el obrar desaprensivo de la empresa pueda llegar a ser sancionado y de esa manera recibir una compensación, llevará a esta persona a radicar la denuncia y buscar la solución de la irregularidad, tal como ha sucedido en Colombia, donde la actuación de un consumidor benefició al resto de la comunidad al extinguir el factor de riesgo. Y es aquí entonces donde se presenta en todo su esplendor el carácter preventivo de la sanción que bien remarcaba el Profesor Alterini en la fundamentación de su proyectado artículo 1587.

f - Graduación

En el supuesto de que el Magistrado actuante, ante la petición formulada por el consumidor considere que procede la sanción bajo estudio, graduará la misma siguiendo dos parámetros bastante difusos a saber: a) gravedad del hecho, b) demás circunstancias del caso.-

La Real Academia Española, en la cuarta acepción brindada al término “gravedad”, indica “Grandeza, importancia”, y en su definición de “hecho” refiere “Cosa que sucede”, de lo que deriva que el Juez deberá considerar la importancia de lo sucedido, con lo cual, en verdad, nada hemos avanzado. Será sin lugar a dudas una apreciación exclusivamente subjetiva de difícil refutación técnica.

Y con relación a la referencia a “las circunstancias del caso”, ya en la crítica efectuada al proyectado artículo 1587 del Código de Unificación, se decía que era “excesivamente genérica y puede llevar a que se configuren situaciones de desigualdad al variar de manera importante el criterio de un tribunal a otro. Por ello, el artículo debería dar en este punto pautas claras para el cálculo del monto de los daños punitivos”³⁷.

Owen³⁸, según indica Martinotti, da algunos criterios que podrían observarse en los supuestos de daños

37 MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY 2001-F, 1317.-

38 OWEN, David G. “Punitive Damages in product liability litigation”. Michigan Law Review, June 1976 vol. 74 number 7.

punitivos aplicados a fabricantes de productos elaborados en los EE.UU. (como ser el monto de las costas judiciales; posibilidad de recibir beneficios de la conducta; reacción de la sociedad frente a la conducta; condición financiera de la empresa; sanción penal que la empresa recibirá; peligro generado al público; etcétera). Sin embargo, reiteramos, nuestro ordenamiento no guarda pautas de referencia, por lo que consideramos que sólo con el diario acontecer, se irá perfilando el ámbito de procedencia de la figura.

No obstante, el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica del Consumidor resolvió por Unanimidad que para la graduación de la sanción deben tomarse en consideración los parámetros que incorpora el art 49 de la ley 24240 a la hora de establecer los criterios a seguir por la Administración para imponer sanciones administrativas³⁹.

g - Independencia de otras indemnizaciones

El pasaje puntual del artículo establece que el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor “...independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. En su momento, y con relación al proyectado artículo 1587, Martinotti sostenía que ante la citada redacción cabía preguntarse si es procedente la aplicación de daños punitivos en el supuesto que una persona actúe con “grave indiferencia” ocasionando un daño ínfimo, o tal vez no ocasionando daño alguno. Y entonces afirmaba que “Si consideramos los comentarios a la fuente del artículo proyectado (el § 908 apartado 1 del Restatement of Torts 2nd) vemos que para la doctrina Americana los daños

39 Art. 49 Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

punitivos pueden ser otorgados, en la actualidad, tanto cuando existe daño como cuando el mismo no existe”.

En el texto sujeto a análisis, observamos que la misma ordena la procedencia de esta sanción con independencia de otras indemnizaciones que correspondan. Ergo, entendemos que podría existir daño punitivo sin daño sufrido por el accionante en su persona o bienes. Sin embargo, tal como lo refiriéramos *ut supra*, el recaudo de procedencia del instituto es que medie solicitud del “damnificado”. Esto haría suponer que debe mediar daño personal sufrido por el consumidor para que la figura proceda. Es decir, no hay multa civil sin daño. Sin embargo, nos mostramos contrarios a dicha postura. La idea aquí no es la de reparación, sino la de sanción, como herramienta de avanzada superadora de la última ratio penal, y de la incapacidad de control absoluto por parte del Estado. Aquí se busca la fiscalización del sistema por los consumidores a fin de detener el obrar riesgoso o lesivo. Por consiguiente, exigir la acreditación de daño para que la sanción punitiva proceda, resulta contrario a la finalidad de la norma. No obstante, a todo evento, con sólo acreditar un daño ínfimo la figura resultará procedente.

h - Solidaridad

El nuevo texto legal establece claramente que sólo deberá hacer frente al daño punitivo, aquélla persona que no haya cumplido con las obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Ahora, cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente. La ley no gradúa el grado de participación de los distintos proveedores; cualquiera sea la misma, responderá solidariamente con los demás responsables. A diferencia de la solidaridad instaurada en el artículo 40 de la ley de defensa del consumidor donde la misma se extiende automáticamente a toda la cadena de producción ante el daño resultante del vicio o riesgo de la cosa o la

prestación del servicio, aquí deberá demostrarse que cada proveedor tuvo participación en el incumplimiento contractual, y sólo allí, se le extenderá solidariamente la sanción. Esto implicará para el operador del derecho una tarea extra, si es que pretende que la pena se extienda a los demás integrantes de la cadena. Supongamos que una automotriz que ha organizado societariamente cada una de sus etapas de producción, entrega a través de su sociedad comercializadora, una serie de vehículos con comprobadas fallas de fabricación en el sistema de frenos. Es indudable, que esta empresa ya se encuentra expuesta a la aplicación de daños punitivos, por cuanto ha entregado una cosa insegura sin efectuar controles internos adecuados. Ahora bien, otra de las sociedades del grupo fue la que le proveyó el sistema defectuoso. Pues bien, esa sociedad atento ser la encargada de la construcción del equipamiento defectuoso y acreditado que fuera la falta de control de su correcto funcionamiento, podrá ser demandada en forma solidaria con la comercializadora. Pero reiteramos, el régimen sólo opera ante la acreditación de responsabilidad de cada uno de los proveedores por parte del consumidor.

i - Tope máximo

La ley establece en su pasaje final que la “multa civil” que se imponga, no podrá superar el máximo de la sanción que dispone el artículo 47 inc. b) de la ley, que a partir de la reforma asciende a cinco millones de pesos.

El primer interrogante a formularnos es si es correcto que la multa civil tenga un tope. Sobre el particular, Martinotti en su crítica al proyectado artículo 1587 que no poseía tope decía “Otro punto que no ha sido tenido en cuenta por el Proyecto, es la ausencia de un monto máximo a los daños punitivos. Sorenson y Maciel refiriéndose a los daños punitivos en los EE.UU. manifiestan que las sentencias punitivas se encuentran fuera de control, por lo que existen importantes tendencias y algunos proyectos

para colocar un tope máximo a tales condenas que en ningún caso podrían exceder el triple del monto de los daños sufridos por la víctima. (...) Podría contestarse este argumento diciendo que poner un tope máximo permitiría al dañador efectuar el cálculo costo - beneficio, y ejecutar a pesar de la punición el acto dañoso cuando el beneficio supera el monto de las indemnizaciones y el plus del monto máximo de los daños punitivos. Si bien esto es cierto, dejar abierta la determinación de su quantum puede llevar a los excesos que se cometen con esta institución en los EE.UU. Una solución preferible al silencio de la norma, podría haber sido la de fijar un máximo pero no en un monto determinado, sino estipulando que la suma fijada en concepto de daños punitivos no pueda exceder los beneficios obtenidos por el dañador con la conducta”.

En nuestro caso, no somos en absoluto partidarios de la fijación de topes, atento que ello contraviene el espíritu perseguido por el instituto, no sólo por la posibilidad que ello brinda de efectuar el cálculo costo – beneficio, sino a su vez, por el hecho de facilitar su cobertura vía seguro con lo cual, lo único que se logra es el incremento de los costos que habrá de pagar el consumidor, y su efecto disuasivo perderá vigencia.

Pero a su vez, en el caso concreto, la existencia del tope se vuelve relativa puesto que el mismo no reviste carácter general, sino que se lo establece para cada caso concreto, es decir, para cada damnificado que peticiona el mismo. Es que debe observarse que el art. 52 bis se refiere al daño punitivo expresamente solicitado por el damnificado ante la violación de sus derechos legales o contractuales. Y si el daño ha sido solicitado por el damnificado, es sólo a este a quien el Juez puede otorgárselo. Por ende, la indicación del tope es aplicable en cada caso, lo cual resulta absolutamente razonable puesto que si la Autoridad de aplicación en cada expediente infraccional iniciado por un consumidor,

se encuentra facultada para aplicar una multa hasta ese tope, es lógico deducir que igual suma se aplicará a cada reclamo judicial concreto.

De allí entonces, que el monto máximo en algunos casos resultará mensurable y en otros no. Así, por ejemplo, en el supuesto de haber vendido 10.000 autos fallados, el fabricante sabrá que su tope estará dado por la multiplicación de ese número por los cinco millones de pesos tope en cada reclamo, es decir, que el tope estará dado por la suma de cincuenta mil millones de pesos si es que todos los adquirentes reclamaran sus daños punitivos y a todos se les concediera el máximo (lo que parece imposible que suceda). Esto le dará al empresario una pauta clara de la conveniencia de cumplir con el recall de productos, en caso de fallas, a fin de reducir el riesgo de exposición a una sanción como la presente.

Creemos entonces que esta redacción ha venido a poner racionalidad y solución a uno de los tópicos más debatidos en torno a esta figura, vinculado con los supuestos de daños múltiples, donde se discutía si sólo tenía derecho a cobrar la multa civil el afectado que prevenía, o si por el contrario debía distribuirse un daño punitivo global a prorrata. Aquí la norma ha dado una solución inteligente, estableciendo topes hoy elevados, pero que dan a cada consumidor lo suyo, y que ponen punto final a los eternos debates sobre la forma de distribuir. Y en esto debe elogiarse al legislador, puesto que de manera precisa y con sobria y acotada pluma, ha logrado ordenar la forma de reparar el abuso. Así, en cada causa se aplicará el daño punitivo, cada consumidor peticionante obtendrá lo que le corresponde, y el empresario tendrá el tope tantas veces reclamado.

Ahora bien, de seguro se oirán las voces de quienes pretendan cuestionar la solución legal invocando el non bis in idem. Sin embargo dicha postura no resulta a nuestro criterio válida. En primer lugar por la aplicación atenuada

de los principios del derecho penal en un instituto de neto corte privatístico. Pero a su vez, debe recordarse que cada producto fallado importa una violación independiente al régimen, que hará al empresario merecedor de sanción. Sostener la idea de que el daño punitivo debe ser uno solo es como afirmar que el homicida que mató a treinta personas tiene que tener una sanción única, puesto que se lo estaría condenando más de una vez por el mismo delito. Aquí la norma es clara: cada violación a los derechos de cada consumidor, implica una actuación pasible de la sanción punitiva, y el Juez deberá observar y resolver sobre la misma, sin perjuicio de que para acreditar su gravedad se recurra a la existencia de otros casos. Por ello, reiteramos, entendemos que la solución legal es brillante y absolutamente acertada.

En este sentido, el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica del Consumidor sostuvo por Unanimidad que “Cuando exista una causa fáctica lesiva que no es homogénea, el tope máximo para la sanción lo es respecto de cada uno de los afectados y jamás un tope para la totalidad de sucesos”.

Sin embargo, las posturas divergieron en el caso de estarse en presencia de una causa lesiva homogénea (por ejemplo, una explosión en un centro comercial que afecta a un grupo de clientes). Allí la mayoría en la que me enrolo, sostuvo que “Cuando exista una causa lesiva homogénea el tope máximo para la sanción lo es respecto de cada uno de los afectados, y jamás un tope para la totalidad de los sucesos”.

En tanto, la minoría afirmó que “Cuando exista una causa lesiva homogénea el tope máximo para la sanción lo es respecto de quien debe pagar el daño punitivo”. Sin embargo, no pudieron precisarse ejemplos de la tan mentada “causa lesiva homogénea”. Sin perjuicio de ello, entendemos que no existe argumento racional ni mucho menos jurídico que avale tal diferenciación, y nos resulta

contradictoria la posición de la minoría, puesto que si la óptica es que el tope es en beneficio del victimario, lo será en todos los casos, incluido el caso votado y aceptado por unanimidad. De allí, que la solución lógica es la propuesta por la mayoría, dado que la ley es clara en cuanto a que el tope es para la petición formulada por cada damnificado y nada más que para ese caso. Ante el por demás evidente y prístino texto legal, toda interpretación en contrario es una simple afirmación axiológica.

Primeros antecedentes jurisprudenciales

En las recientes I Jornadas Rioplatenses de Derecho del Consumo celebradas en la ciudad de Mar del Plata los días 12 y 13 de noviembre de 2010, sobrevoló permanentemente en todas las disertaciones brindadas, una velada crítica a la falta de aplicación de los daños punitivos habiendo transcurrido más de dos años desde su incorporación a nuestro régimen legal, lo cual era blandido sin decirlo como una suerte de demérito para el Instituto⁴⁰.

Ante dicho escenario, sostuve al tiempo de tratar el tema en particular en el panel compartido con el Dr. Fulvio Santarelli, que el reducido número de sentencias dictadas al presente imponiendo daños punitivos no respondía a eventuales o supuestas falencias de la figura bajo estudio, sino al simple hecho de su desconocimiento por el grueso de los operadores del Derecho. Es que en tren de verdad, si consideramos que muchos profesionales formados a la luz del Código Civil, aún hoy están descubriendo por

40 En las dos jornadas disertaron los Dres. Gabriel Stiglitz, Jorge Bru, Rodrigo Bionda, Fabiana Compiani, Waldo Sobrino, Federico Alvarez Larrondo, Fulvio Santarelli, Horacio Bersten, Arturo Caumont, Fernando Mumare, Dante Rusconi, César Ventimiglia, Eduardo Barbier y Carlos Gherzi.

fuerza de los hechos la existencia de ley 24.240 reformada por la ley 26.361, y que la figura de los daños punitivos es toda una innovación, en verdad contar hoy a escasos dos años de su introducción con la cantidad de sentencias que se han dictado es, más que una debilidad, todo un logro. Es que no hay que olvidar que la ley exige para su procedencia un recaudo esencial, cual es que la sanción sea peticionada por el consumidor. Y éste no es un dato menor. Si a ello a su vez le sumamos que el instituto apenas mereció un debate profundo en el año 2009, y que escasos profesionales del derecho han comenzado a peticionarlo a finales de dicho año, comienzos del 2010, es lógico que las sentencias comiencen a ser más prolíficas sólo a partir del año 2012 en adelante, considerando la duración promedio de un juicio aun sumarásimos en nuestra atiborrada Justicia hasta obtener una sentencia de Cámara. De allí que el escenario no resulte en absoluto desesperanzador, sino todo lo contrario, ya que vemos que las sentencias dictadas en torno a la figura han sabido reconocer la relevancia de la novel figura.

Así, observamos que a la fecha se han publicado (lo que no implica que sean los únicos), los siguientes fallos.

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, autos “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, Fecha: 27/05/2009⁴¹

Un cliente de una empresa de telefonía celular concurrió a uno de los locales de ésta para formular un reclamo, pero no pudo ingresar al mismo porque no había una rampa de acceso para discapacitados, siendo atendido en la vía pública

41 Publicado en: LA LEY 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - LA LEY 2009-C, 647 - LA LEY 19/06/2009, 7, con nota de Florencia Nallar; LA LEY 2009-D, 96, con nota de Florencia Nallar; LLBA 2009 (junio), 557 - RCyS 2009-VII, 62, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo; LA LEY 29/12/2009, 4, con nota de Humberto Quiroga Lavié; LA LEY 2010-A, 220, con nota de Humberto Quiroga Lavié;

cerca del inicio del invierno. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada y condenó a la demandada a abonar \$ 30.000 (Euros 5.770 aprox.) por daño moral y otra suma igual por daño punitivo. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

En su sentencia, la Cámara sostuvo que “Resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de telefonía celular cuyo local carece de una rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el acceso al mismo de un cliente que había concurrido para formular un reclamo y se desplazaba en silla de ruedas, desde que se da en el caso un abuso de posición de poder que evidencia un menosprecio grave por el derecho del consumidor a un trato digno”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, autos “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, Fecha 18/11/2009⁴²

En el marco de una demanda de daños y perjuicios interpuesta contra un banco por quien se vio incluido por error en un registro de deudores morosos, el juez condenó a la entidad a pagar una multa civil en los términos del art. 52 de la ley 24.240. La Cámara revoca dicha sanción, argumentando que el hecho había ocurrido con antelación a la entrada en vigencia de la norma que instituía los daños punitivos.

Así entonces, la Excma. Cámara sostuvo que “Un proveedor no puede ser condenado a pagar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 —incorporado por la ley 26.361— por una conducta anterior a la vigencia de la ley que incorpora ese instituto a nuestro derecho, pues la figura del daño punitivo es de carácter excepcional, no

⁴² Publicado en: LA LEY 23/12/2009, 10, con nota de Sebastián M. Serra; LA LEY 2010-A, 203, con nota de Sebastián M. Serra; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, 133, con nota de Carlos V. Castrillo; LA LEY 11/06/2010, 6, con nota de Florencia Nallar; LA LEY 2010-C, 602, con nota de Florencia Nallar;

rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, en tanto se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico”.

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 11 de Salta, autos “Gramajo Salomon, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (MOVISTAR)”, Fecha: 06/04/2010⁴³

El adquirente de un equipo telefónico a una empresa de telefonía celular promovió un proceso sumarísimo en contra de ésta a fin de obtener su entrega. El juez de grado hizo lugar a la acción y condenó a la demandada a entregar el equipo y abonar una indemnización por daño punitivo.

El Juzgado interviniente sostuvo que “Procede condenar a una empresa de telefonía celular a entregar al actor el equipo telefónico que adquirió con mas una multa punitiva a su favor, pues su contumacia y reticencia en cumplir con las obligaciones contraídas y pagadas, torna aplicable lo establecido en los Arts. 10 y 52 bis de la ley 26.361 —Ley de Defensa del Consumidor—.

d.- Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, autos “De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra”, Fecha: 04/06/2010⁴⁴.

El comprador de un automóvil 0 Km. interpuso una demanda sustentada en la Ley de Defensa del Consumidor. Demandó al fabricante y la concesionaria, atento que el bien presentaba un ruido al mover la dirección y una tendencia hacia la izquierda, que no pudo ser solucionado por el servicio técnico oficial. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda por resolución contractual, daño punitivo y parcialmente por daños y perjuicios. Todas las partes apelaron el decisorio, el que fue modificado en cuanto a la procedencia del daño punitivo y del daño moral reclamado.

43 Publicado en: LLNOA 2010 (septiembre), 717, con nota de Sebastián Aguirre Astigueta;

44 Publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264

La Excm. Cámara sostuvo que “Corresponde tener por rescindido el contrato de compraventa de un automóvil y condenar al fabricante y al concesionario vendedor a restituir el precio actual en plaza del mismo modelo 0 km., en tanto se acreditó el defecto denunciado pues resulta inaceptable que aquellos responsables no hayan arbitrado los medios para solucionar el problema —golpe de ariete que provocaba un ruido y tendencia en la dirección— que no es común en todos los vehículos de igual modelo y que no responde a un funcionamiento normal y propio de un automotor nuevo que fue adquirido en un concesionario oficial.

A su vez sostuvo que “Debe rechazarse el daño punitivo reclamado al fabricante y el comerciante del producto defectuoso —en el caso, un automóvil— que brindaron al cliente una asistencia específica mediante un servicio oficial y procuraron una solución definitiva, todo lo cual excluye que hubiese existido de su parte una conducta reprochable por haber actuado con dolo o culpa de tal entidad que amerite condenarlos mediante la aplicación de dicha multa”.

e.- Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 14 de San Isidro, autos “Anglada, Noemí Ángela y otro c. Bristol Medicine S.R.L.”, Fecha: 12/07/2010⁴⁵.

En el caso, dos cónyuges afiliados a una empresa prestadora de medicina privada, son notificados en el mes de enero de 2009 de un aumento general en las cuotas correspondientes a los planes de servicios de medicina prepaga del orden del 10,5%, lo que tenía como fundamento el ajuste de precio de los servicios prestados con el costo del mismo.

En el mes de marzo del mismo año, en oportunidad de apersonarse en la sede de la empresa con el objeto de abonar la cuota de ese período, se les informó que el precio de la misma se incrementaba otro 47% en razón de haber alcanzado uno de los miembros del grupo los 65 años de

45 Publicado en, La Ley Online www.laleyonline.com.ar ; Cita Online: AR/JUR/53450/2010

edad. Ello, atento que es práctica de la mayoría de las empresas proveedoras de dicho servicio, que al arribarse a dicha edad, atento demandar más servicios, las cuotas se incrementan de manera considerable por sobre el precio general. Ante la falta de regulación legal, el mismo se aplica no importando el tiempo que el afiliado se encuentre suscripto a la entidad, a diferencia de Brasil, donde dicha cláusula no puede aplicarse a los usuarios con más de 10 años de afiliación.

En consecuencia, el Juzgado resolvió “Corresponde hacer lugar a la demanda promovida, contra una empresa de medicina prepaga, por un afiliado a fin de que se declare la nulidad de una cláusula del contrato que prevé un aumento automático en el valor de la cuota mensual cuando el afiliado alcance determinada edad —en el caso, 65 años— pues, por aplicación del principio de “lealtad comercial” contemplado por la ley 22.802 y el de buena fe contractual, debe concluirse que la citada cláusula resulta abusiva y por ende debe tenerse por no convenida”.

Y en lo que nos compete en este artículo sostuvo que “Resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de medicina prepaga que aumentó en forma automática la cuota correspondiente a un afiliado por razones de edad, ello a fin de incentivar a que no ocurran nuevos incumplimientos”.

f - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, “Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina S.A.”, Fecha: 29/07/2010 ⁴⁶

Un cliente de una empresa de telefonía celular se vio privado del servicio durante dos meses durante los cuales, de modo unilateral, la empresa modificó la titularidad del

46 Publicado en: LA LEY 29/11/2010, 9, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo; DCCyE 2010 (noviembre), 89, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra.-

número de línea, facturó a nombre de un tercero reclamándole sin embargo la deuda al primigenio cliente y finalmente, dando de baja el servicio. El cliente inició una conciliación infructuosa ante la Dirección de Defensa al Consumidor y luego reclamó judicialmente los daños y perjuicios que estos acontecimientos le causaron. El juez de primera instancia rechazó la demanda, mediante sentencia que fue apelada por el accionante. La Cámara de Apelaciones revoca el fallo, admitiendo la pretensión en su totalidad.

En consecuencia, la Excma. Cámara resuelve “Deben indemnizarse los daños y perjuicios reclamados por el cliente de una compañía de telefonía celular frente a conductas negligentes de la empresa que afectaron la prestación del servicio, en tanto ésta no contestó la demanda, ya que en el sistema santafesino esta omisión implica el reconocimiento tácito de los hechos afirmados por el actor por aplicación del art. 143 del Código Procesal Civil y Comercial local, y dicho reconocimiento se extiende a los documentos atribuidos al demandado, con los cuales se acreditaron los extremos invocados en la demanda”.

A su vez sostuvo que “Es procedente indemnizar el daño moral reclamado por el cliente de una empresa de telefonía celular que sufrió incomunicación, cambio unilateral de la titularidad de la línea telefónica, intimaciones y reclamos de deuda bajo amenaza de ser ingresado en el registro de morosos, en tanto dicha desagradable e injusta situación trajo como consecuencia lógica y directa una mortificación en sus sentimientos”.

Y en lo que resulta de interés a este trabajo, concluyó que “Corresponde otorgar una suma de dinero en concepto de daño punitivo a favor del cliente de una empresa de telefonía celular en tanto las conductas imputadas a ésta, consistentes en haber cambiado unilateralmente la titularidad de la línea telefónica, incomunicando al cliente y haber realizado intimaciones y reclamos de deuda bajo

amenaza de ingresarlo en el registro de morosos, encajan en las descriptas por el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor”.

Corolario

La incorporación de los daños punitivos o multa civil al derecho argentino es una de las más felices y refrescantes noticias de los últimos tiempos.

Estamos en presencia de una herramienta que utilizada con inteligencia y sensatez por la Magistratura, puede revertir múltiples prácticas malsanas que resultan propias de un sistema de mercado desesperado por el éxito económico como señal de supervivencia. Las empresas saben que para que el mundo financiero les siga guardando respeto y estima, deben generar ganancias que cada año resulten superiores al anterior. Y ello fuerza a escudriñar y construir con cláusulas negociales más tortuosas y harto complejas, flujo de fondos que escapan de los bolsillos de los débiles jurídicos a manos de los denominados por la ley “proveedores”. Caso contrario, el mundo de los negocios le bajará el pulgar y de inmediato, las calificadoras de riesgo comenzarán a dudar sobre su solvencia y plan de negocios futuro, generando de seguro, una suerte de profecía autocumplida tan común en los cenáculos de los economistas clarividentes.

Por ello, el Derecho una vez más se pone por delante del fenómeno económico, a fin de dotar de humanidad el mundo de los números. Y eso, en épocas de crisis globales, donde los responsables diluyen sus culpas achacándolas al “mercado” como realidad ajena a todo y a todos, no parece ser poco.

FINIS CORONAT OPUS.

O direito do consumidor como instrumento de cidadania em uma sociedade contemporânea altamente consumista

Amadeu Elves Miguel¹
Liton Lanes Pilau Sobrinho²

Notas iniciais

A característica mais flagrante da sociedade contemporânea, também conhecida por *fast-society*, é o consumismo desenfreado ou simplesmente consumismo. Os cidadãos estão moldados de tal forma que fazem um consumo imediato dos produtos a sua volta e esses produtos duram somente o tempo necessário para que haja novo consumo, entrando-se assim num ciclo vicioso. O cidadão precisa consumir para se sentir inserido no meio social, para fazer a diferença e para ser feliz. A cidadania aqui está ligada à quantidade *versus* qualidade de produtos consumidos. O consumismo passa a ser a alavanca impulsionadora da economia pós-moderna e, sobretudo, elemento agregador ou desagregador do cidadão na sociedade. Nesse cenário, o mercado é o grande divisor e unificador dos cidadãos

1 Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI, pós-graduando em Docência do Ensino Superior pela UCDB, pesquisador do Grupo de Pesquisa Sustentabilidade ambiental no Direito e nas Políticas Públicas (CNPq).

2 Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito pela UNISC, Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica na UNIVALI. Professor da Universidade de Passo Fundo.

dentro das classes sociais. Igualmente, as publicidades constituem importantes elementos no processo de formação do comportamento consumista do cidadão. Foi longo o percurso para a materialização de um instrumento regulador dos jogos de consumo na sociedade – o Direito do Consumidor - projetado inicialmente pela Revolução Francesa de 1789, reconhecido após a realização da Solidariedade como o último signo do sonho da humanidade. O Direito do Consumidor foi celebrado pela primeira vez em 1983, após ser declarado em 15 de Março de 1962 pelo então presidente dos EUA, John Kennedy, ao Congresso americano. Desde então, a data foi agregada nos anais da história como dia de defesa ou do direito do consumidor.

Antecedentes históricos dos direitos do consumidor

É impossível separar o Homem do ato de consumir, até porque o ser vivo perece sem consumo. O ato de consumir ou consumismo, de acordo com Gino, é a compra de produtos de forma exagerada, em que as pessoas consumistas adquirem produtos como roupa, telemóveis, joias, carros, imóveis e outros, sem ter a necessidade destes. Gino acrescenta que o consumismo é típico das sociedades capitalistas e é estimulado pelas campanhas publicitárias vinculadas, principalmente na TV, no cinema e nos meios de comunicação, como revistas, jornais e rádios. Em alguns casos, o consumismo pode se tornar uma doença (espécie de vício). Neste caso, a pessoa consumista só consegue obter prazer na vida ao comprar coisas. Em situações como esta, é necessário um tratamento profissional de um psicólogo. Por outro lado, existe também o consumo consciente, que é aquele em que as pessoas comprem produtos que estão precisando verdadeiramente, pesquisam os melhores preços e buscam

produtos que não prejudicam a natureza. O consumismo tem se tornado um grande inimigo do Meio Ambiente. O lixo e outros resíduos gerados pelas embalagens e produtos descartados têm causado grandes problemas ambientais, principalmente nos grandes centros urbanos.³

O consumo não é uma categoria econômica ou histórica totalmente nova, ele impregna a própria existência do homem de tal modo que, conseqüentemente, o desenvolvimento do homem e do consumo se confunde.⁴ O estudo do Direito exige, sempre, a sua adequada compreensão, análise sistematizada dos fenômenos históricos que serviram para influenciar sua evolução. Nogueira afirma que a história tem grande influência na legislação de um povo, porque seus conceitos básicos evoluem com ela.⁵ Na origem do Direito do Consumidor, encontra-se um movimento social organizado de consumidores, próprio da chamada *sociedade de consumo*. O movimento da defesa dos consumidores começou a preocupar os líderes dos países desenvolvidos após a II Guerra Mundial (1945), na mesma altura em que começaram a ocorrer transformações nas economias dos países ocidentais, devido em grande parte à revolução científica e tecnológica, que determinou, entre outros fatores, o aumento da produção, o fomento das trocas comerciais internacionais, o alargamento dos mercados internos e a elevação significativa do poder de compra dos consumidores, mola real do fenômeno⁶. Nessa altura, se constatou que os consumidores constituíam o maior grupo econômico, reconhecendo-se que só por meio das estruturas associativas se podiam fazer ouvir, exigindo garantias de

3 GINO, Giacomini Filho. **Meio Ambiente e Consumismo**. Coleção Série meio ambiente. Editora Senac Nacional, 2008.

4 Disponível em <<http://www.decom.org.mz/direitos-basicos/>>

5 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 5. ed. Saraiva, , 1991.

6 SERRANO, Pablo Jimenez. **Introdução ao Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2003. p. 1

segurança e qualidade para aquilo que compravam. Mas o moderno movimento começou a ganhar corpo nos finais dos anos 50 na Europa e foi-se propagando por outras regiões a partir da década de 60, período em que se cria a Organização Internacional da União dos Consumidores (OIUC).⁷ Em 2000, existiam no mundo cerca de 270 organizações de consumidores filiadas na OIUC, destas, mais de 83 são africanas. As questões dos consumidores começaram a ganhar mais credibilidade a partir de 15 de Março de 1962, na declaração do ex-presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, resumida inicialmente em quatro direitos básicos, nomeadamente: Direito à Segurança, Direito à Informação, Direito à Escolha e Direito a ser Ouvido.

Dia de defesa do consumidor ou dia do consumidor: 15 de março

“Consumidor, por definição é todo o cidadão”, afirmou o ex-presidente dos EUA, John Kennedy, em sua declaração de 15 de Março de 1962 ao Congresso americano. Eles são o maior grupo económico e influenciam e são influenciados por quase todas as decisões económicas públicas e privadas. O cidadão é o único grupo importante, cujos pontos de vista, muitas vezes, não são considerados. O dia 15 de Março passou a ser considerado como Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, que inicialmente foi celebrado em 1983. Dois anos depois, em 9 de Abril de 1985, a Assembleia-geral das Nações Unidas – ONU – adotou um conjunto de Diretrizes para a Proteção do Consumidor, em que a OIUC e outras organizações se basearam. As diretrizes

7 Esta organização foi fundada na Holanda por cinco organizações de igual número de países, a saber: a União dos Consumidores dos Estados Unidos da América, e as Associações do Reino Unido, Austrália, França e Holanda.

abranchem os princípios dos Direitos dos Consumidores e fornecem uma estrutura que reforça as Políticas Nacionais de Proteção ao Consumidor. Com a adoção das Diretrizes das Nações Unidas, os Direitos do Consumidor foram finalmente elevados a uma posição de legitimidade e reconhecimento internacionais, aceitos igualmente pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Ainda assim, estes direitos continuam sendo ignorados ou banalizados pelos governos, por produtores de bens e serviços e por interesses poderosos de muitos países. O Dia Mundial dos Direitos do Consumidor alerta para tais violações e fornecem uma plataforma para os grupos de consumidores, orientando-os quanto ao procedimento que devem tomar frente às violações nos países em que estas ocorrem. Em paralelo aos direitos do consumidor, a OIUC recomenda alguns deveres para os cidadãos, entre os quais: a) **Dever de Solidariedade** - Juntar-se a outros consumidores é vantajoso. Isto porque, ao se associar, pode contar com uma nova e mais poderosa força. Em grupo – como sócio de uma associação, por exemplo, pode desenvolver influência suficiente para promover e proteger os seus direitos; b) **Dever da Consciência Crítica** - dever de estar mais alerta e ser mais crítico sobre o preço e a qualidade dos produtos e dos serviços que utiliza; c) **Dever de Agir** - dever de fazer valer os seus direitos e atuar. Se permanecer passivo, continuará a ser explorado; d) **Dever da Preocupação Social** - corresponde à consciência do impacto que provoca o seu consumo sobre outros cidadãos, especialmente sobre os grupos mais desfavorecidos em nível local, nacional e internacional; e) **Dever da consciência ambiental** - dever de conhecer e compreender as consequências ambientais do seu consumo. Tem, pois, o dever de reconhecer a sua responsabilidade individual e social, a fim de preservar os recursos naturais e proteger a terra para as gerações futuras.

O direito do consumidor como materialização da solidariedade – o último signo da revolução francesa de 1789

A Revolução Francesa de 1789 trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão sob os três signos *Liberdade – Igualdade – Fraternidade* ou *Solidariedade*, marcando a primeira vitória pelo reconhecimento dos Direitos Humanos. Sendo assim, o século XIX ficou conhecido como o século da *Liberdade*. Embora a história da luta pela liberdade esteja estritamente ligada à história da humanidade, foi neste século em que o sonho da humanidade se materializou.⁸ Já o século XX foi cognominado como o século da *Igualdade*, pois desde o seu início houve movimentos pelo reconhecimento da igualdade política entre homens e mulheres e brancos e negros. Foi desenvolvido todo o ideário contra a discriminação fundada em sexo, raça, cor, origem, opção religiosa, estado civil, condição social ou orientação sexual. Finalmente o século XXI inaugura um novo milênio e ao mesmo tempo realiza o último signo da Revolução Francesa: *Fraternidade* ou *Solidariedade*. Nessa nova fase da humanidade, impõe-se a solidariedade como uma ferramenta para as ações governamentais, privadas e interpessoais. A proteção dos direitos parte do indivíduo, estendendo-se para a sociedade. É aqui que é posta em debate a questão dos novos direitos e que os direitos inerentes à pessoa humana são considerados como direitos da coletividade, encontrando assim acomodação para o *Direito do Consumidor* e outros, como o direito ao meio ambiente saudável, à segurança,

8 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. Coleção Ensaio do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.142.

à moradia e ao desenvolvimento sustentável. Impõe-se a consciência de que os direitos fundamentais apenas serão efetivamente assegurados quando também forem garantidos a todos.⁹

A modificação do exercício de cidadania em uma sociedade contemporânea consumista

Como se afirmou anteriormente, os Direitos do cidadão foram pensados, inicialmente, no decorrer da Revolução Francesa e reafirmados após a 2ª Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). É difícil datar com precisão o surgimento do conceito de cidadania. Sabe-se que, historicamente, a cidadania está estritamente ligada à perspectiva liberal e sua etimologia deriva da palavra *civita*, que em latim significa cidade, para se referir ao *burgo*, ou seja, o habitante da cidade ou simplesmente o burguês. Outro termo relacionado ao conceito de cidadania é a *Pólis*, que é um adjetivo político que remete ao significado de “cidade-estado”. A cidadania é notoriamente um termo associado à vida em sociedade. Cardoso considera que o crescimento das *Pólis* gregas e romanas nos séculos VIII e VII a.C. influenciaram significativamente o desenvolvimento do termo, sendo que, a partir daí, tornou-se referência aos estudos que enfocam a política e as próprias condições de seu exercício, tanto nas sociedades antigas quanto nas modernas. No entender de Cardoso, o desenvolvimento e as transformações ocorridas no campo da técnica, da economia, da arte bélica e, sobretudo, no campo das relações sociais que propiciaram o consumismo desenfreado, alteraram as relações dos

9 COURI, Sergio. **Liberalismo e Societalismo**. Brasília: UnB, 2001, p.77 – 79.

cidadãos e estes com a sociedade e com o Poder.¹⁰ Desta forma, é imperioso buscar, no campo das relações humanas organizadas – social, moral e juridicamente, os pontos fundamentais das variações da vivência dos cidadãos antes e depois das sociedades industriais, lembrando que, com o crescimento das indústrias, fruto do desenvolvimento da ciência e técnica permitida pela Revolução Industrial iniciada nos princípios do séc. XVIII e expandida até o séc. XIX, houve um profundo impacto no processo produtivos em nível econômico e social e ocorreu uma mudança nos padrões de consumo.¹¹

De acordo com Canclini, as modificações ocorridas na maneira de consumir mudaram as possibilidades e as formas de exercício da cidadania devido à degradação das instituições e da política, em que as formas de participação popular enfraqueceram-se, originando outras. Segundo ele, as pessoas perceberam que muitas das perguntas próprias dos cidadãos – a que lugar pertença e que direitos isso me dá, como posso me informar, quem representa meus interesses – recebem suas respostas mais por meio do consumo privado de bens e dos meios de comunicação de massa, do que nas regras abstratas da democracia ou da participação coletiva em espaços públicos. O mesmo autor acrescenta que as classes sociais substituíram os seus anteriores direitos de cidadania pelo direito ao consumo. A substituição do interesse na participação política pelo consumo não é um processo natural. O autor tratou-o com se fosse inevitável, relacionando-o com a crise do público e o aumento da importância do privado em nossa sociedade. Segundo ele, o descrédito nas instituições públicas, nos últimos anos, tem levado os trabalhadores a desenvolverem outras formas de

10 CARDOSO, Ciro Flamarion. **A Cidade Estado Antiga**. São Paulo: Ática, 1985, p.28 – 29.

11 RAUEN, André Tortato. **Ciência, Tecnologia e Economia**: Características frente à primeira e segunda Revoluções Industriais. Revista Espaço Acadêmico - nº66, 2006.

participação que atuam na esfera privada, como o consumo. Ao contrário deste pensamento, acredita-se na existência de um discurso montado pelas classes dominantes e incorporado, por meio de um processo de negociação e de legitimação, pelos demais setores sociais.¹²

O cidadão como consumidor de mercadorias: o fetichismo analisado por Karl Marx

Na economia capitalista, a mercadoria constitui um componente fulcral. Em sua obra *O Capital* (1867), Karl Marx apontou o caráter fetichista da mercadoria e analisou os dois principais valores que a constituem, mormente o uso e a troca. Marx notou que o caráter místico da mercadoria não provinha de seu valor de uso e concluiu que as relações estabelecidas entre mercadorias e sujeitos constituem um dos indicadores do seu valor. A teoria econômica e política do fetiche da mercadoria desenvolvida por Marx é aplicada, por exemplo, à crítica dos meios de comunicação de massa da mercadoria e do capital. De acordo com a escola marxista, o fetiche é um elemento preponderante da manutenção do modo de produção capitalista. Consiste numa ilusão que naturaliza um ambiente social específico, revelando sua aparência de igualdade e ocultando sua essência de desigualdade.¹³ O fetiche da mercadoria postulada por Marx opõe-se à ideia de valor de uso, uma vez que este se refere estritamente à utilidade do produto. O fetiche relaciona-se à fantasia e ao simbolismo que paira sobre o objeto, projetando nele uma relação social definida, estabelecida entre os cidadãos.

12 CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1991.

13 MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

O francês Jean Baudrillard, considerado um dos principais teóricos da pós-modernidade e um dos fundadores da Revista *Utopie*, verificou a existência do valor simbólico da mercadoria, isto é, um determinado bem ou mercadoria pode ter valor diferente em cidadãos distintos e em classes diferenciadas. Os cidadãos desejam ter determinadas mercadorias, como, por exemplo, carro, telemóvel, computador e outros, em função de seu valor simbólico. Há aqui uma representação específica criada pelos cidadãos, que se consubstancia na produção incessante e insaciável de consumo com finalidade de se igualar ao outro ou a maior parte das pessoas.¹⁴ Vive-se assim em uma sociedade que gira em torno de mercadorias de consumo e consumo de mercadorias em que, a partir delas, os cidadãos sentem-se integrados na sociedade e iguais ou superiores aos outros. Conclui-se, deste modo, que as mercadorias servem como elemento de distinção das classes de cada cidadão. Ainda de acordo com Baudrillard, para que seja consumido qualquer bem ou mercadoria deve se transformar o princípio em signo. Desta forma, as relações de consumo modificam-se, ultrapassando o âmbito do objeto e dos indivíduos e definindo-se como uma ideologia.

O consumo é então uma atividade no domínio da manipulação dos signos e uma relação entre objetos, sujeitos e mundo.¹⁵ Fazendo menção à teoria de Baudrillard, Canclini estabelece diferenças entre o valor de signo e o símbolo. De acordo com este autor, o signo se caracteriza pelo conjunto de implicações simbólicas que vêm associadas a uma determinada mercadoria. Um carro de luxo importado não é visto da mesma forma como um carro nacional, pois se trata de um signo que é muito valorizado em função da sua ordem simbólica. Por outro lado, o valor de símbolo

14 BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 1991, p.172.

15 *Idem*, p.173.

difere dos valores que a sociedade estabelece para uma determinada mercadoria. Conclui-se aqui que, enquanto os valores de signo são atribuídos socialmente, os de símbolo são estabelecidos individualmente.¹⁶ Para finalizar, conclui-se que as mercadorias constituem a essência da existência do consumo e do consumidor, de tal modo que elas são infinitas e insaciavelmente criadas, pois serão logo destruídas e substituídas. O consumo é assim um estágio intermédio entre a produção e a destruição dos signos.

A queda do muro de Berlim e a consolidação internacional do capitalismo: o consumismo visto pelos socialistas

Durante a *Guerra Fria*, que foi o período compreendido entre o final da 2ª Guerra Mundial (1945) e a queda do Muro de Berlim (1991), o mundo estava dividido em um sistema bipolar, estando de um lado os socialistas comandados pela União Soviética e do outro os capitalistas, tendo na linha da frente os Estados Unidos da América. O Socialismo foi implantado como sistema social, político e econômico inicialmente na Rússia, no ano de 1917, por meio de uma revolução que provocou a queda do antigo governo monarquista e deu origem em 1922 à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que depois se alastrou para outros países do mundo. O sistema de governo socialista caracterizou-se pelo excessivo controle do Estado na economia, na política e na vida social do país. No campo econômico, que é o que mais interessa para o nosso artigo, esse controle foi exercido com a socialização dos meios de produção e das empresas, incluindo indústrias, estabelecimentos comerciais e bancos. O governo

16 CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1991.

socialista estabelecia o valor dos salários pagos aos cidadãos trabalhadores e definia o preço das mercadorias.¹⁷ Volvidos mais de 70 anos de conquistas socialistas, o atraso tecnológico começa a comprometer seriamente a produtividade da indústria e do campo, gerando problemas no abastecimento. O socialismo apresentava assim sinais de desgaste. Era *o fim da história*, que culminou na queda do Muro de Berlim, no desmoronamento do bloco soviético, na reunificação alemã, reforçando o processo de consolidação internacional do capitalismo. Em paralelo a isso, no ano de 1989, portanto, dois anos antes do fim da Guerra Fria, foi amplamente divulgado pela mídia o desejo de alguns setores sociais do Leste europeu em terem acesso às chamadas “maravilhas do consumo”. Apenas os aspectos positivos foram percebidos, tais como os ícones e as mercadorias do mundo capitalista. Este episódio Gorender denominou de *capitalismo real*, sendo que nele se excluía desemprego, desigualdades sociais, luxúria, corrupção e crime organizado.¹⁸ Um dos elementos que contribuiu para a queda do socialismo real foi exatamente o desejo dos cidadãos do Leste europeu em terem acesso às mercadorias do mundo capitalista, não se descartando naturalmente a existência de uma economia excessivamente planejada. As conquistas de maior valor simbólico dos socialistas, tais como o trabalho, a educação e a saúde para todos, foram minimizadas e desmoralizadas pelo fracasso do socialismo real existente, sendo que mais tarde veio a se constatar que se tratava de um discurso ideológico. Por consequência disso, o estilo de vida propagandeado pelos capitalistas foi naturalizado, sendo aceito como o possível e o inquestionável. Um das teses que melhor ilustra estes acontecimentos é “*O Fim da História e o Último Homem*” escrita por Francis Fukuyama, Ph.D em Ciência

17 RATTNER, Henrique. **O Fim do Socialismo?** Revista Espaço Acadêmico – ano II, nº 12.

18 GORENDER, Jacob. **Marxismo sem utopias**. São Paulo: Ática, 1999, p.133.

Política pela Universidade de Harvard, que a partir da crise do socialismo que provocou o avanço do capitalismo no mundo fez uma análise histórica e econômica do homem, mostrando o modelo econômico liberal como o último estágio de avanço econômico mundial e o melhor caminho tanto para os países civilizados como para os países atrasados. Para defender suas ideias, o autor buscou argumentos de filósofos como Jean Jaques Rosseau, John Locke, Immanuel Kant e Hegel.¹⁹

Ayerbe diz que em Cuba, por exemplo, um dos maiores bastiões do socialismo em que desde a revolução de 1959 colocou no trono o presidente Fidel Castro em substituição ao ditador Fulgêncio Batista, o Estado procurou garantir formalmente o trabalho, a educação e a saúde para todos os cidadãos. Mesmo assim, ocorreu uma grande onda de migração tanto legal como ilegal para os Estados Unidos da América. A ambição pelo modelo de vida altamente consumista e as possibilidades de acesso das mercadorias do capitalismo estariam por detrás destas migrações. Muitos migraram para os Estados Unidos visando ter acesso ao dinheiro para comprarem mercadorias do capitalismo e consumirem mais e mais, coisa que era difícil em Cuba.²⁰ Apesar da supremacia do capitalismo em relação ao socialismo, Rauén destaca que o Estado contemporâneo atravessa uma crise global e ambiental gerada pelas mudanças nos padrões de consumo, que cria um profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social, fruto do crescimento das indústrias e resultado do desenvolvimento da ciência e técnica. Tornar-se visível a desvantagem da industrialização e do consumismo, flagrando-se o empobrecimento da biodiversidade, a poluição do meio ambiente, as alterações climáticas, a explosão dos grandes centros urbanos, a escassez de recursos naturais

19 FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

20 AYERBE, Luís Fernando. **A Revolução Cubana**. Coleção Revoluções do Século XX, Editora Unesp. 2004.

e a incapacidade do ecossistema planetário para reciclar resíduos sólidos²¹, o que Hobsbawn denominou de “*a era dos extremos*”, pretendendo descrever a era mais extraordinária da humanidade. Uma época caracterizada por grandes avanços de ordem científica, tecnológica, grandes conquistas materiais, econômicas e sociais, havendo ao mesmo tempo uma junção de desigualdades sociais, consumismo de mercadorias de forma desenfreada e descontrolada por maior parte dos cidadãos, a insustentabilidade do planeta, o aquecimento global, as pandemias de grandes proporções, as crises globais e ambientais, a incapacidade de reciclagem de resíduos sólidos, dentre outras.²²

Considerações finais

O estudo conclui que é impossível separar o homem do ato de consumir, sendo que na sociedade pós-moderna a característica mais flagrante dos cidadãos é o consumismo. Os cidadãos entram num ciclo vicioso de consumo imediato de produtos a sua volta. As campanhas publicitárias vinculadas principalmente na TV, no cinema e nos meios de comunicação, como revistas, jornais e rádios, influenciam diretamente no consumismo. De igual modo o fetiche de mercadorias é um elemento que deve ser levado em consideração principalmente quando se trata da manutenção do modo de produção capitalista. Ela consiste numa ilusão que naturaliza um ambiente social específico, revelando sua aparência de igualdade e ocultando sua essência de desigualdade, ou seja, as mercadorias servem como elemento de distinção das classes de cada cidadão.

21 RAUEN, André Tortato. **Ciência, Tecnologia e Economia:** Características frente à primeira e segunda Revoluções Industriais. Revista Espaço Acadêmico - nº66, 2006.

22 HOBBSAWN, Eric. **A Era Dos Extremos**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.9.

A Revolução Francesa de 1789 trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão sob os três signos *Liberdade – Igualdade – Fraternidade*, que marcou a primeira vitória pelo reconhecimento dos Direitos Humanos, sendo o século XXI o inaugurador de um novo milênio e ao mesmo tempo materializador do último signo da Revolução Francesa, a *Fraternidade*. Desde então, a humanidade impôs a solidariedade como uma ferramenta para as ações governamentais, privadas e interpessoais, e são postos em debate a questão dos novos direitos e os direitos inerentes à pessoa humana são considerados como direitos da coletividade, acomodando-se assim o *Direito do Consumidor* como um instrumento de regulação e regulamentação do exercício de cidadania. Anteriormente a isso, o movimento de defesa dos consumidores já preocupava os líderes dos países desenvolvidos após a II Guerra Mundial (1945), na mesma altura em que começou a ocorrer transformações nas economias dos países ocidentais, devido em grande parte à revolução científica e tecnológica, que determinou, entre outros fatores, o aumento da produção, o fomento das trocas comerciais internacionais, o alargamento dos mercados internos e a elevação significativa do poder de compra dos consumidores, mola real do fenômeno.

O declínio do Socialismo, que se deu de forma efetiva com a queda do Muro de Berlim e o desmoronamento do bloco soviético, reforçou o processo de consolidação internacional do capitalismo, que trouxe a economia de mercado, baseada no consumo excessivo de mercadorias pelos cidadãos. As questões dos consumidores ganharam mais força a partir de 15 de Março de 1962, com a declaração do então presidente dos Estados Unidos, *John Fitzgerald Kennedy*, que resumia o Direito do Consumidor em quatro categorias básicas, nomeadamente: Direito à Segurança, Direito à Informação, Direito à Escolha e Direito a ser Ouvido, daí que o dia 15 de Março ficou oficialmente marcado como dia do consumidor.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. Coleção Ensaios do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AYERBE, Luís Fernando. **A Revolução Cubana**. Coleção Revoluções do Século XX, Editora Unesp. 2004.

BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 1991.

CANCLINI, Néstor García. CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1991.

_____. **Cultura y comunicación**: entre lo global y lo local. La Plata: Ediciones de Periodismo y Comunicación, 1997.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **A Cidade Estado Antiga**. São Paulo: Ática, 1985.

COURI, Sergio. **Liberalismo e Societalismo**. Brasília: UnB, 2001.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GINO, Giacomini Filho. **Meio Ambiente e Consumismo**. Coleção Série meio ambiente. Editora Senac Nacional, 2008.

HOBBSAWN, Eric. **A Era Dos Extremos**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 5. ed. Saraiva, 1991.

RATTNER, Henrique. O Fim do Socialismo? **Revista Espaço Acadêmico** – ano II, n° 12.

RAUEN, André Tortato. Ciência, Tecnologia e Economia: Características frente à primeira e segunda Revoluções Industriais. **Revista Espaço Acadêmico** - n°66, 2006.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Introdução ao Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2003. p.1

www.decom.org.mz/direitos-basicos/

La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Gabriel A. Stiglitz

El Derecho del Consumidor en el
Código Civil y Comercial: jerarquía,
eficacia y estabilidad del sistema de
protección jurídica.

Para quienes hace tiempo (en célebre expresión de Luis Diez Picazo) asistimos al doloroso parto del Derecho del Consumidor y abrigamos por él un compromiso incondicional, es inmensa la satisfacción de ver sus normas, encaramarse en las jerarquías más elevadas del ordenamiento jurídico argentino:

- comenzando por la principal : la Constitución Nacional (arts. 42 y 43);
- y ahora, un Proyecto para complementar el sistema de protección jurídica del consumidor, dentro del marco legislativo más trascendente del Derecho Privado : el Código Civil y Comercial de la Nación, en diálogo con el régimen especial vigente (ley 24.240 y normas concordantes).

Adelantamos además nuestra opinión, en el sentido que toda la normativa incorporada, representa - también por su contenido - un avance significativo en el sistema de protección jurídica del consumidor.

Por supuesto que alguna solución del Proyecto puede generar discrepancias, como también las provocaron

ciertos textos de la ley 24.240 y sus modificatorias, y muy especialmente la ley 26.361 (del año 2008) que desde luego no fue redactada por juristas de la talla de los integrantes de esta Comisión de Reformas.

En ese contexto, propugnamos un debate serio, dentro del cual los actores del Derecho del Consumidor debemos – con calma y respeto- comprender que en nuestro país, desde 1993 hasta aquí, todos los pasos jurídicos registran una evolución que (aunque discrepemos en algunos puntos) es siempre evidentemente positiva, y nos ha llevado – y nos va a seguir conduciendo - hacia un sistema integral de protección que comprende no solo la ley especial, sino las órbitas constitucional, legislación y principios generales, y los planos jurisprudencial, doctrinario e incluso académico ¹.

Las únicas involuciones, precisamente, no suelen provenir del Derecho, sino de la ausencia de políticas de gobierno en defensa del consumidor : controles preventivos, educación, divulgación pública, etc. - ² E incluso ahora, a través de las **observaciones al Anteproyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional**, p.ej., eliminando la regulación en materia de derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas; y la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, cuestiones – ambas - íntimamente ligadas al Derecho del Consumidor.

Cabe añadir –entre las ventajas del Proyecto-, que al elevarse la jerarquía del sistema normativo (por ingresar también a un Código Civil y Comercial), seguramente traerá aparejado un incremento en su eficacia, por un mayor conocimiento y compromiso de los operadores jurídicos en su aplicación, siendo que –lamentablemente- el régimen especial (ley 24.240) aún no ha sido íntegra y definitivamente

1 Ver STIGLITZ, Gabriel. “La defensa del consumidor en Argentina”, t.I, “30 años de Derecho, sin políticas”, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa fe, 2012, pág.191.

2 Ver STIGLITZ, Gabriel, ob.cit., pág.22.

receptado (por abogados, Jueces, etc.) , e incluso a veces ignorado, a pesar de contar con casi 20 años de vigencia.

Finalmente, la complementación del Derecho del Consumidor dentro del Código Civil y Comercial, beneficia también la estabilidad del sistema, para que no sea modificado reiteradamente por algunas cuestiones insignificantes, como ocurrió varias veces en las reformas a la 24.240; y en todo caso, para que lo sea en lo posible con participación del campo académico ³.

En síntesis, se avecina una profunda armonización (y sistematización) entre los distintos componentes del sistema de protección jurídica del consumidor: la Constitución Nacional (arts.42 y 43), la ley especial 24.240 y el proyectado Código Civil y Comercial.

Como se señala en los Fundamentos del Proyecto, se establece un “diálogo de fuentes”, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás normativas ⁴.

3 Es verdad –como señala el Proyecto en sus Fundamentos- que la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que las mismas sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada.

Pero a su vez , el Proyecto propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales que actúan como una “protección mínima” del consumidor, lo que implica:

- a) que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores;
- b) pero esencialmente, que ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema.

En ese escenario, el Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero –terminan explicando los Fundamentos del Proyecto- , es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.

Los dos primeros niveles del sistema de protección jurídica del consumidor (Constitución y Código) son estables, mientras que el tercero (ley especial) es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

- 4 El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por:

- a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional;
- b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código;
- c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial importa entonces – a nuestro juicio - una evolución signada por la jerarquía, eficacia y estabilidad del sistema de protección jurídica.

Las normas sobre defensa del consumidor, que a través del Código se incorporan al sistema de protección jurídica.

Sin perjuicio de dicha evolución en orden a jerarquía, eficacia y estabilidad, reiteramos que a su vez, toda la normativa incorporada representa – también por su contenido - un avance significativo para el Derecho del Consumidor.

En efecto, las normas sobre defensa del consumidor, que se añaden a través del Proyecto de Código (contratos de consumo, etc.), mejoran notoriamente el sistema de protección jurídica.

En particular, regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas (en general), publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual,

etc., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240 (y que no fueron abordadas por la modificatoria 26.361).

Además – como se explica en los Fundamentos del Proyecto -, “también es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil,

contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común”.

Finalmente, se añaden novedosas regulaciones en defensa de los consumidores:

- * Un párrafo íntegro, sobre “contratos bancarios con consumidores y usuarios” (arts. 1384 a 1389 del Proyecto), al cual se aplica todo el régimen sobre contratos de consumo, y asimismo, reglas especiales en torno a publicidad, forma escrita, obligaciones precontractuales, restricciones en cargos o costos al consumidor, e informaciones en los contratos de crédito bajo pena de nulidad.
- * En materia de “tiempo compartido” y “cementorios privados” (arts. 2100 y 2111 del Proyecto), se establece expresamente la aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo , previstas en el mismo Código y en las leyes especiales.

a) Teoría general del contrato y contratos de consumo.

En primer lugar, a través de normas específicas de Derecho del Consumidor, hay un avance en el Proyecto, en sus regulaciones sobre =

I Teoría general del contrato = contratos por adhesión, conexidad contractual, etc.

II Contratos de consumo = prácticas abusivas, publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, cláusulas abusivas, etc.

(A) Contratos por adhesión.

El Título II del Proyecto (Contratos en general), en su capítulo 3 (“Formación del consentimiento”), contiene una sección íntegra (2da.) sobre “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”.

En los arts. 984 a 989, regula la definición del contrato por adhesión, sus requisitos, las reglas de interpretación, las cláusulas abusivas y su control judicial.

(B) Conexidad contactual.

El capítulo 12 se refiere íntegramente a los “Contratos conexos”. El art.1073 define la conexidad, y los arts.1074 y 1075, la interpretación y sus efectos (excepciones de incumplimiento, frustración de la finalidad, etc.).

También brinda soluciones en casos de conexidad contractual, el régimen del Proyecto sobre cláusulas abusivas (arts. 1120 y 1122).

(C) Contratos de consumo. Prácticas abusivas.

El Proyecto de Código dedica a los “Contratos de Consumo” el Título III íntegro del Libro Tercero (“Derechos personales”).

O sea, los contratos de consumo son elevados a la misma jerarquía legislativa otorgada a:

- * “Las Obligaciones en general” (Título I);
- * los “Contratos en general” (Título II);
- * y los “Contratos en particular” (Título IV).

Luego de definir (arts.1092 y 1093) al consumidor ⁵, la relación de consumo y los contratos de consumo, establece las reglas de interpretación – de las leyes y los contratos - en el sentido más favorable para el consumidor (arts.1094 y 1095).

En uno de los aportes principales del Proyecto al sistema del Derecho del Consumidor, los arts. 1096 a

⁵ Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

1099 legislan sobre las prácticas abusivas en general, enriqueciendo con evidencia el escueto enunciado que la ley 26.361 incorporó a través del art. 8 bis de la ley 24.240.

Los arts. 1097 a 1099 añaden las siguientes pautas:

que la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos;

se exige un trato “no discriminatorio” a favor de todos los consumidores y no solamente respecto a los extranjeros (como estableció la ley 26.361, art. 8 bis);

específicamente, se añade que los proveedores no pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad;

finalmente, se agrega la prohibición, como abusivas, de las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros (y otras prácticas similares).

(D) Publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios.

Los arts. 1100 a 1103 del Proyecto, regulan la información y publicidad dirigida a los consumidores.

Además de la publicidad engañosa y comparativa, el Código introduce en el Derecho argentino, la prohibición de la publicidad abusiva (art. 1101 inc. c.), o discriminatoria, o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

El art. 1102, al otorgar las acciones judiciales correspondientes, incluye expresamente a aquellas tendientes a la cesación de la publicidad ilícita y a la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado.

No puede soslayarse –una vez más - que estos tres aportes del Proyecto de Código (**prohibición de la publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios**), son aspectos centrales del

moderno Derecho del Consumidor, que desde hace tiempo vienen siendo impulsados por la comunidad jurídica, pero también habían sido omitidos por la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240).

(E) Cláusulas abusivas.

Finalmente, entre aquellas regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas que el Proyecto aporta al Derecho del Consumidor, cabe destacar:

El régimen sobre “modalidades especiales” en los contratos de consumo (arts. 1104 a 1116), que disciplina sobre: “contratos celebrados fuera de los locales comerciales”, “a distancia”, “por medios electrónicos”, etc., regulando el lugar de cumplimiento, la revocación y sus efectos (excepciones, imposibilidad de devolución, gastos, etc.).

El régimen sobre cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122):

brinda una adecuada definición y reglas generales; incorpora soluciones novedosas en orden a conexidad contractual y “situaciones jurídicas abusivas”;

y un mayor rigor en el control judicial, al explicitar que corresponde la nulidad, aun cuando las cláusulas fueran negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor; o hayan sido aprobadas administrativamente;

finalmente, en el ámbito de la responsabilidad civil (art.1720), el Proyecto establece que el consentimiento del damnificado (aunque sea libre e informado), no exime si constituye cláusula abusiva.

Pautas, todas ellas, que tampoco fueron abordadas por la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240).

b) Régimen general sobre responsabilidad civil, aplicable a los daños a consumidores.

En cuanto a los aportes del Proyecto de Código al Derecho del Consumidor, reiteramos que –como se explica en los Fundamentos-, es considerable el beneficio en cuanto hay reglas generales –no solo sobre contratos- también sobre responsabilidad civil, que complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común.

A título meramente ejemplificativo, resulta de interés destacar algunas de las innovaciones que el Proyecto introduce en el régimen general de responsabilidad civil, aplicables y ventajosas (progresivas) en orden a los daños a consumidores y usuarios.

Destacamos, entre otras, las normas sobre:

- la función preventiva de la responsabilidad civil,
- los avances en torno a nuevos daños resarcibles, y legitimados activos (damnificados indirectos, convivientes, etc.),
- pautas adicionales en el régimen de responsabilidad objetiva;
- la eliminación – en los casos de responsabilidad objetiva - de la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta que recaiga la penal (actual art. 1101, Cód.Civil), etc.

(A) Función preventiva de la responsabilidad civil.

Los arts. 1710 a 1713 del Proyecto, consagran el deber de prevención, y –enriqueciendo lo normado por el art. 52 de la ley 24.240 de defensa del consumidor - regulan la “acción preventiva”, una legitimación amplia para su ejercicio (“quienes acrediten un interés razonable”) y el contenido de la sentencia.

(B) Daños resarcibles y legitimados activos.

El art. 1738 incorpora nuevos daños resarcibles. Además de las categorías tradicionales con asiento en

el Código Civil actual (daño emergente, lucro cesante, afecciones espirituales), desarrolla explícitamente conceptos tales como pérdida de chance, lesión a derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica ⁶ y al proyecto de vida.

En materia de legitimación activa, avanza en varios planos:

- * **“Consecuencias no patrimoniales” en caso de muerte:** además de los ascendientes, descendientes y cónyuge (actual art. 1078 C.C., sobre daño moral), se extiende a los convivientes con trato familiar ostensible;
- * **“Consecuencias no patrimoniales” en caso de “grave discapacidad”:** además del damnificado directo (actual art. 1078 C.C., sobre daño moral), se añade a los ascendientes, descendientes y cónyuge, y a los convivientes con trato familiar ostensible;
- * **“Indemnización por fallecimiento”, de “lo necesario para alimentos”:** se otorga expresamente al “conviviente”, no incluido en los arts. 1084 y 1085 del Código Civil vigente⁷.

(C) Pautas adicionales en el régimen de responsabilidad objetiva.

El régimen de responsabilidad objetiva, por daños derivados de cosas o servicios, actualmente emergente del art. 40 de la ley 24.240 (y art. 1113 C.C.), vendría a complementarse con la sanción del Proyecto, a través de pautas adicionales incorporadas por el art. 1757:

- * El responsable no se exime por la autorización administrativa para el uso de la cosa o la

6 El régimen de indemnización por lesiones o incapacidad (art. 1746 del Proyecto), se extiende expresamente, además de las de carácter físico, a las psíquicas.

7 Sí aceptado, por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, por aplicación del art. 1079 C.C. que legitima genéricamente a los damnificados indirectos.

realización de la actividad⁸, ni por el cumplimiento de las técnicas de prevención.

* Las actividades pueden ser consideradas riesgosas (o peligrosas), sea por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

(D) La eliminación de la suspensión de la sentencia civil.

Finalmente, el Proyecto de Código (art. 1775) agiliza el ejercicio de las acciones civiles por daños (incluyendo las promovidas por los consumidores), al eliminar la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta que recaiga la penal (régimen actual art. 1101, Cód. Civil), en hipótesis novedosas para nuestra legislación:

- en los casos (inc.c.) de responsabilidad objetiva (daños a consumidores, cf. art. 40, ley 24.240);
- si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado (inc.b.).

Las normas sobre defensa del consumidor, cuyas deficiencias se corrigen a través del Código.

El Anexo II del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 3, incorpora “MODIFICACIONES A LA LEY 24.240 (modificada por la ley n° 26.361).

En los Fundamentos del Proyecto se destaca que “es necesario dar cabida a **críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores**, y en los aspectos generales, solucionar algunos problemas”.

8 Se trata de un recaudo esencial en materia de defensa del consumidor que –pese a ser señalado uniformemente por la doctrina- no fue previsto por la ley 26.361, modificatoria de la 24.240.

Cabe resaltar que esas críticas han sido muy especialmente dirigidas a ciertas deficiencias técnicas de la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240).

Por un lado, cabe reiterar, la considerable cantidad de **cuestiones que la doctrina venía marcando (antes del año 2008) a los efectos de una reforma de la ley de defensa del consumidor y sin embargo la ley 26.361 omitió y recién ahora son incorporadas por el Proyecto de Código:** ver supra, punto 2., letras a. (teoría general del contrato y contratos de consumo), y b. (régimen general sobre responsabilidad civil, aplicable a los daños a consumidores).

Pero además, -insistimos- median las críticas doctrinarias, especialmente dirigidas a ciertas deficiencias técnicas de la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240), tanto en líneas generales, como específicamente en algunos aspectos. Por ejemplo, los **arts. 40 bis, indemnizaciones en sede admiministrativa (mal titulado como “daño directo”)** y **52 bis, multa civil (mal titulado como “daño punitivo”¹⁰)**.

El Proyecto de Código, en su Anexo II (art.3), subsana las deficiencias técnicas de ambas normas.

a) Críticas de la comunidad jurídica a las deficiencias técnicas de la ley 26.361.

Más allá de las opiniones vertidas en numerosas publicaciones doctrinarias, las críticas a las deficiencias

9 Mal titulado “daño directo”, en primer lugar, porque lo relevante de la figura creada por el art. 40 bis (ley 26.361), no es el tipo de daño al que se aplica, sino la asignación de facultades jurisdiccionales (indemnizatorias) a la autoridad administrativa.

Y en segundo lugar, porque – al margen de ello –, la norma se titula “daño directo”, pero al establecer en su texto a cuáles daños se aplica, no se acota a los daños directos, sino que se extiende a todos.

10 Mal titulado, porque “lo punitivo”, no es el daño, sino la indemnización (la sanción) o multa civil.

técnicas de la ley 26.361 (y particularmente, a los textos de los arts.40 bis y 52 bis), alcanzaron una dimensión de importante magnitud dentro de la comunidad jurídica nacional.

A tal punto que se reflejaron, explícita y reiteradamente, en los eventos científicos más relevantes que se celebraron con posterioridad al año 2008, por ejemplo:

(A) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009).

Comisión de Derecho Interdisciplinario. “Derechos del Consumidor: Incidencias de la reforma introducida por la ley 26.361”. Conclusiones suscriptas – entre otros - por Carlos Hernandez, Alfredo Kraut, Fernando Marquez, Fulvio Santarelli, Guillermo Tinti, Gabriel Stiglitz, etc.

Allí se dictaminó sobre:

- Ciertas deficiencias técnicas que presenta la ley 26.361 (punto I.1).
- Uno de los despachos sobre “liquidación de daños en sede administrativa” (punto III.2.): inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley 24.240, en cuanto faculta a la autoridad administrativa a fijar indemnizaciones por daños a favor de los consumidores, pues se encuentra en abierta pugna con los principios básicos de división de poderes; y asimismo, vulnera el art. 42 C.N. al consagrar un procedimiento ineficaz (adhirieron Daniel Pizarro, Rubén Stiglitz, Carlos Parellada, Félix Trigo Represas, Oscar Ameal, Jorge Galdós, entre otros).

El otro despacho concluyó que “no puede afirmarse *a priori* la declaración de inconstitucional del art.40 bis de la ley 24.240” (entre otros, Carlos Hernandez, Fulvio Santarelli, Fernando Marquez, Guillermo Tinti).

- “La multa civil del art.52 bis presenta importantes deficiencias técnicas” (unanimidad) punto III.3.a.

Y luego siguen numerosas pautas de interpretación para corregir el texto legal (unanimidad):

- * “las deficiencias técnicas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados” (punto a.);
- * “una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del derecho privado y el resguardo de derechos constitucionales” (punto b.).

(B) Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral (Junín 2009)

Comisión nº I. Derecho Civil: Prevención y reparación del daño al consumidor”. Conclusiones suscriptas –entre otros- por Gustavo Vallespinos, Daniel Pizarro, Gabriel Stiglitz, Jorge Galdós, Celia Weingarten, Carlos Gherzi, Rodolfo Gonzalez Zavala, Matías Irigoyen Testa, Graciela Lovece, Juan Carlos Boragina, Jorge Meza, Juan Carlos Venini y el recordado y querido Jorge Mayo.

Allí se dictaminó=

- “las deficiencias técnicas que presenta la ley 26.361” (punto 1.);
- “inconstitucionalidad del art. 40 bis”, punto 11 (con la abstención de Gonzalez Zavala y Echevesti).
- “los denominados daños punitivos (art.52 bis) presentan significativas deficiencias técnicas”, punto 12. Y una serie de interpretaciones tendientes a corregir el texto literal de la norma (puntos 13 a 22).

Reiteramos que el Proyecto de Código, a través de las modificaciones propuestas en su Anexo II (art.3), subsana las diferentes deficiencias técnicas de la ley 26.361 (y particularmente, los textos de los arts.40 bis y

52 bis), recogiendo las referidas críticas, que – como hemos destacado - alcanzaron una dimensión de importante magnitud dentro de la comunidad jurídica nacional.

a) Corrección del art. 40 bis.

Indemnizaciones en sede administrativa

El Proyecto de Código Civil y Comercial subsana, en primer lugar, la inconstitucionalidad del texto actual del art. 40 bis (ley 26.361, modificatoria de la 24.240). A tal efecto, en resguardo del principio de división de poderes, transforma en excepcional el facultamiento a la autoridad administrativa para fijar indemnizaciones a favor de los consumidores, exigiendo a esos fines, el cumplimiento de los recaudos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Angel Estrada”.

La Comisión de Reformas nos designó para integrar el grupo de trabajo sobre “Relaciones entre el Código Civil, comercial y la legislación sobre consumidores”.

En ese marco, propusimos a la Comisión, junto con Noemí Nicolau, el siguiente texto, tendiente a adecuar el art. 40 bis, ley 24.240 (incorporado por ley 26.361), a las pautas del fallo Angel Estrada (C.S.J.N.):

Las indemnizaciones por daños a consumidores, que según la ley especial puedan ser, con carácter excepcional, determinadas por organismos de la Administración, podrán aplicarse únicamente según las siguientes reglas:

Inc. 1º: no se aplicarán a los daños corporales ni extrapatrimoniales, sino únicamente en los casos de daños materiales directamente inferidos en los bienes del consumidor;

Inc. 2º: sólo podrán aplicarse cuando se reúnan las siguientes circunstancias por parte de los organismos de la Administración:

a) que por ley hayan sido creados y dotados de facultades

jurisdiccionales para resolver conflictos entre particulares;

b) cuya especialización técnica, independencia e imparcialidad estén aseguradas;

c) cuando el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos y otorgarles jurisdicción, haya sido razonable;

d) si sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente;

e) si conforme la ley de creación del organismo y otorgamiento de jurisdicción, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias.

La Comisión adoptó ese criterio. El Anexo II del Proyecto (art.3-3) dispone la modificación – entre otros - del artículo 40 bis, de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 40 bis.- Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:

a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta;

b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;

c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de

cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias.

- d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente;

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

De esta manera, la norma proyectada corrige las diversas y graves deficiencias con las que la ley 26.361 dejó marcado el texto actual del art. 40 bis:

Subsana la inconstitucionalidad del art.40 bis vigente, transformando en excepcionales las facultades jurisdiccionales de la Administración, mediante su adecuación a las pautas de legalidad y razonabilidad del fallo Angel Estrada (C.S.J.N.).

Asimismo, precisa correctamente el concepto de daño “directo”, malogrado en el errático texto actual del art.40 bis (incorporado por ley 26.361).

Elimina el tope máximo y por ende, la doble sede que hoy impone el art. 40 bis (ley 26.361) para reclamar un plus indemnizatorio por sumas superiores al mismo.

- a) Corrección del art. 52 bis. Sanción pecuniaria disuasiva.

Através del art. 3.5. del Anexo II, el Proyecto de Código, subsana una de las deficiencias técnicas de la ley 26.361, más cuestionadas por la doctrina nacional : el texto del art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Reiteramos que las críticas a las deficiencias técnicas del art. 52 bis, alcanzaron una dimensión de importante magnitud dentro de la comunidad jurídica nacional. A tal punto que se reflejaron en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009):

- “La multa civil del art.52 bis presenta importantes deficiencias técnicas” (unanimidad) punto III.3.a.

Y luego siguen numerosas pautas de interpretación para corregir el texto legal (unanimidad):

- * “las deficiencias técnicas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados” (punto a.);
- * “una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del derecho privado y el resguardo de derechos constitucionales” (punto b.).

Y las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral (Junín 2009). Comisión nº I. Derecho Civil: Prevención y reparación del daño al consumidor”. Conclusiones suscriptas – entre otros - por Gustavo Vallespinos, Daniel Pizarro, Gabriel Stiglitz, Jorge Galdós, Celia Weingarten, Carlos Gherzi, Rodolfo Gonzalez Zavala, Matías Irigoyen Testa, Graciela Lovece, Juan Carlos Boragina, Jorge Meza, Juan Carlos Venini y Jorge Mayo. Allí se dictaminó por unanimidad = “los denominados daños punitivos (art.52 bis) presentan significativas deficiencias técnicas”, punto 12. Y una serie de interpretaciones tendientes a corregir el texto literal de la norma (puntos 13 a 22).

La principal deficiencia técnica del régimen de las indemnizaciones punitivas (art. 52 bis), consiste en que el texto de la norma, omitió consagrarla como una figura de carácter estrictamente excepcional (para su aplicación a casos de extrema gravedad).

La ley 26.361 no estableció ningún requisito para su procedencia, haciéndola extensiva a todo tipo de hechos dañosos, con indiferencia de la magnitud de la falta (conducta) o del daño. Incluyendo (p.ej.), los incumplimientos contractuales culposos de los que solo deriven daños a los bienes del consumidor. Solo establece pautas para la graduación de la multa civil, pero ningún requisito para su procedencia.

Esta laxitud no le es útil al Derecho del Consumidor como sistema de protección a los necesitados. Porque llevaría – en la praxis judicial - a reclamos de indemnizaciones punitivas en casos comunes y corrientes (sin gravedad) y que por ese motivo sean en su gran mayoría rechazados por los Tribunales.

Y esos rechazos, si se hacen habituales, resienten (por endeble) no solo la figura de las indemnizaciones punitivas, sino institucionalmente al propio Derecho del Consumidor, que si desde hace casi 20 años siempre ha avanzado notablemente, es porque lo hizo a pasos firmes y porque fue construido sobre bases sólidas y serias, mediante normas (y fallos judiciales) técnicamente atinados, sin improvisaciones, ligerezas ni liviandades.

El jurista marplatense Federico Alvarez Larrondo, férreo defensor – como nosotros - de la figura de las indemnizaciones punitivas (comentando un fallo que razona en los mismos términos que lo hacemos precedentemente), señala: “El Tribunal no duda en cuestionar la vaguedad del texto del art. 52 bis en cuanto a su procedencia, mas entiende la misma superada por la coincidencia de la doctrina nacional, respecto de que **su procedencia resulta excepcional y obedece a la existencia de una conducta especialmente reprochable, excluyendo de tal modo el supuesto de mediar tan solo una conducta meramente negligente o culpable**”.¹¹

11 Alvarez Larrondo, Federico, “Daños punitivos por trato inequitativo e indigno”, en La Ley, 10-8-12, pág. 3 y sgtes. Cabe aclarar que en el caso

En ese contexto, el art. 52 bis (ley 26.361), por las deficiencias técnicas de su texto, lejos de constituir un paso firme del Derecho del Consumidor, es un salto al vacío, que no es el modo atinado de avanzar, e incluso suele provocar retrocesos.

La figura de las indemnizaciones punitivas – que insistimos en propiciar - recién será fortalecida, cuando consagrada en un texto normativo serio (que la haga excepcional, por exigir requisitos de procedencia, para casos de gravedad), conduzca inexorablemente a su aceptación mayoritaria en la praxis judicial, como ocurre con todas las demás instituciones del Derecho del Consumidor.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido esta necesidad, que no supieron comprender los autores de la ley 26.361.

Por eso el Proyecto de Código Civil y Comercial, art. 3.5. del Anexo II, propone modificar el art. 52 bis (incorporado por ley 26.361), exigiendo como requisito de procedencia de la figura (que pasa a denominar “sanción pecuniaria disuasiva”), que se trate de hipótesis de **“grave menosprecio a los derechos del consumidor”**. De este modo introduce, adecuadamente, la idea de excepcionalidad de la institución, por limitarla en función de la **gravedad**, que tanto puede ser atinente a la **magnitud de la falta, como del daño**. Y el concepto de **menosprecio**, que refiere a un especial reproche a la conducta dañosa.

El texto propuesto como reforma al artículo 52 bis (ley 26361) es el siguiente:

“Sanción pecuniaria disuasiva.

El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte,
con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con

concreto, el fallo aceptó la procedencia de la sanción civil – como destaca Álvarez Larrondo- por maltrato al consumidor, no solo humillante, sino también por la dilación y desidia en brindar soluciones efectivas al cliente.

grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”

También es de destacar, que el Proyecto de Código, propicia la **extensión de las indemnizaciones punitivas**, no sólo al campo de los daños (individuales o colectivos) a los consumidores (único hoy vigente en nuestro derecho positivo). Sino que avanza, regulando la sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1708, 1714 y 1715), **en relación a los derechos de incidencia colectiva en general**, que en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, comprenden también cualquier forma de discriminación, protección del ambiente, la competencia, etc.

Finalmente, en la modificación al art. 52 bis (ley 26361), el Proyecto de Código reformula el destino de la “multa civil” que según el texto vigente puede ser exclusivamente “a favor del consumidor”.

La norma proyectada establece que “la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Entendemos que efectivamente, en ocasiones será más valioso y razonable, que los importes se asignen – un que sea parcialmente - directamente a objetivos de bien común, especialmente con los fines de disuasión por los que brega esta figura sancionatoria.

Podrá entenderse – y admitimos que es muy opinable- que la norma haya debido reservar necesariamente, **una parte** de la indemnización punitiva, al consumidor dañado.

Pero no dudamos que igualmente:

- el destino (total o parcial) al consumidor dañado, será en líneas generales, la primera opción en la resolución fundada del juez;
- existirán casos en los cuales será más razonable otro destino de bien común (disuasivo, etc.);
- **el consumidor dañado siempre tendrá aliciente para solicitar la sanción pecuniaria disuasiva, aunque su bolsillo no sea el único destino posible, por dos razones:**
 - * será él –insistimos–, razonablemente, la primera opción del juez, en líneas generales;
 - * también es valioso que los consumidores tomen iniciativas (en la lucha por el Derecho), persiguiendo propósitos que (además de los individuales), sean por el bien común, con fines disuasivos, etc.- Es una necesidad emergente de la cultura jurídica y de la ciudadanía, que no puede ser soslayada por nuestras normas, aunque pragmáticamente plantee dificultades.

Las normas sobre defensa del consumidor, del Anteproyecto de Código, frustradas por las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional.

Tal como ya hemos denunciado¹², lamentablemente, en su revisión del anteproyecto, el Poder Ejecutivo de la Nación,

¹² Ver STIGLITZ, Gabriel “La defensa del consumidor en Argentina”, t.I, “30 años de Derecho, sin políticas”, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa fe, 2012, pág.177.

eliminó dos grupos de normativas, de enorme influencia en el sistema de protección jurídica del consumidor:

- a) Toda la regulación propuesta por la Comisión, sobre derechos colectivos (incluidos los de los consumidores), resarcimiento de daños colectivos y acciones colectivas. De un modo notablemente anti-progresista.
- b) Todas las normas del anteproyecto, sobre responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos, mediante la remisión a supuestas reglas del Derecho Administrativo. Además de influir – como veremos - contra el Derecho del Consumidor, resulta por sobre todas las cosas, muy preocupante en la línea de deterioro de la calidad institucional.

a) Derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas

El anteproyecto de Código Civil y Comercial, en sus arts. 14 y 1745 a 1748, establecía un sistema comprensivo de:

- * acciones colectivas sobre derechos individuales homogéneos (arts. 14 inc.b);
- * derechos de incidencia colectiva (legitimación), art.14 inc.c.;
- * daños a los derechos de incidencia colectiva e individuales homogéneos; presupuestos de admisibilidad y alcances de la sentencia (cosa juzgada), arts. 1745 a 1748.

La Constitución Nacional (art. 43), reconoce como categoría, a los derechos de incidencia colectiva. Ahora los mismos vienen consagrados también, en el Título Preliminar del Proyecto.

El modo de proteger jurídicamente esos derechos de incidencia colectiva, es a través de acciones preventivas y resarcitorias de los daños colectivos. Es por ende materia del Derecho de Daños, que debe ser regulada en el Código Civil.

Si el Proyecto reconoce los derechos de incidencia colectiva (art. 14 inc. b., en la redacción reformulada por el Poder Ejecutivo), no puede dejar de regular también, lo atinente a daños colectivos y acciones colectivas (temas ambos, eliminados por observaciones del P.E.N.).

Pues es ilusorio reaccionar frente a los daños colectivos, a través de las herramientas de fondo (y las acciones) tradicionales, que son propias de los derechos individuales. Reconocer los derechos colectivos, pero impidiendo que se regulen los mecanismos adecuados para su implementación, es lo mismo que negarlos.

Hasta aquí, y al margen de lo disciplinado en la ley de defensa del consumidor 24.240 (y modificaciones introducidas por la 26.361), arts. 52, 53 y 54, ha sido la jurisprudencia, la que debió formular pretorianamente pautas para regular los procesos judiciales por daños colectivos¹³. Por ende, a esta altura de evolución de nuestra ciencia jurídica, se impone que dichas reglas sean provistas por el legislador, para que los Jueces puedan aplicarlas de modo uniforme e inequívoco.

No es suficiente que leyes nacionales especiales regulen sobre daños colectivos (ej., ley 26.675 general del medio ambiente y ley 24.240 de defensa del consumidor, arts. 52 a 54), y hayan legislado también sobre las acciones judiciales colectivas. También puede y debe hacerlo el Código Civil y Comercial, incluso para uniformar las reglas aplicables a las acciones por daños colectivos de toda especie.

¹³ Por ejemplo, en los resonantes casos promovidos por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur (Cám.Nac.Fed); y Municipalidad de Tandil c/ Empresa de Transportes (Cám. Civ. y Com. de Azul).

La distinguida procesalista Mabel de los Santos¹⁴, señala:

“Lamentablemente, ha trascendido la decisión del P.E.N. de derogar dicha normativa. Así, se ha eliminado toda referencia a las acciones individuales homogéneas, relevante para facilitar la indemnización de los daños sufridos a esos derechos. El Estado debe suministrar estructuras legales coherentes e idóneas para facilitar el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales previstos en los arts. 41 a 43 de la Const. Nacional. Corresponde entonces bregar por el mantenimiento del texto proyectado, en tanto contiene acertadas y prudentes pautas generales, compatibles con la legislación sustancial”.

Y en el mismo sentido, el notable constitucionalista Andrés Gil Domínguez

La redacción originaria (del Proyecto de Código Civil y Comercial) recogía como dimensión sustancial de la validez, a los derechos de incidencia colectiva indivisibles y divisibles, pero el Poder Ejecutivo sin fundamento alguno, reformuló la redacción y eliminó la totalidad de la Sección 5ta. referida a los daños de los derechos de incidencia colectiva ¹⁵.

(b) Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

El anteproyecto de Código Civil y Comercial, en sus arts. 1764 a 1766, establecía un sistema de responsabilidad del Estado (incluso por actividad lícita) y del funcionario y empleado público.

14 En La Ley, 8-6-12, “Los procesos colectivos en el Anteproyecto” (págs. 1 y sgts.).

15 “Estado constitucional de Derecho y proyecto de Código Civil y Comercial”, en La Ley, 7-8-12, págs. 1 y sgtes.

Concluye de todos modos Gil Domínguez, que no obstante, el propio mandato constitucional y convencional reconocido expresamente por el proyecto, hace que el estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Halabi”, configure el marco de referencia sustancial que deberán respetar las normas civiles.

Se trata de un régimen de evidente relación con el Derecho del Consumidor, en razón que las faltas de servicio (especialmente la ausencia de control) del Estado y sus funcionarios, en el marco de las relaciones de consumo, puede ser causa adecuada de daños a consumidores y usuarios.

I) Por ejemplo, en materia de servicios públicos. Así, los ferrocarriles sin control del Estado sobre la calidad y seguridad, desencadenando el trágico accidente ocurrido en Buenos Aires el 22/2/12, con 51 víctimas fatales ¹⁶.

II) Asimismo, en materia de seguros, la ausencia de control (sobre el estado económico-financiero) por parte de la autoridad estatal (Superintendencia de Seguros), puede ser la causa de la liquidación de empresas, con el consiguiente daño a los consumidores y usuarios (asegurados y beneficiarios), que no pueden hacer efectivas las coberturas.

III) Daños a los consumidores, por ausencia de control estatal (organismos de fiscalización pertinentes) sobre la calidad y seguridad de productos (ej., alimentos, medicinales, etc.).

16

Ver STIGLITZ, Gabriel “La defensa del consumidor en Argentina”, t.I, “30 años de Derecho, sin políticas”, ed. Rubinzel – Culzoni, Santa fe, 2012, págs.110 y 150, donde recordamos que :

La tragedia fue consecuencia directa del incumplimiento de normas básicas, que fueron denunciadas por la Auditoría General de la Nación en el año 2008, en un informe presentado al Poder Ejecutivo de la Nación.

El informe sobre el funcionamiento del servicio es lapidario, una vez más el Estado ausente en la protección de los usuarios de servicios públicos. La C.N.R.T. no adoptó las medidas suficientes para que se reviertan estos incumplimientos.

También una presentación de la Defensoría del Pueblo de la Nación, destacó que: “la falta de mantenimiento de los bienes afectados al servicio ferroviario, resulta conocida por parte del organismo de control y de la Secretaría de Transportes de la Nación”.

IV) Falta de control estatal sobre publicidades comerciales, p.ej., anuncios de fármacos por los cuales se incita a la automedicación, con consecuencias dañosas en la salud de los consumidores.

Estos y otros muchos ejemplos, demuestran la notoria relación entre defensa del consumidor y responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos, capítulo del Proyecto que el Poder Ejecutivo ha eliminado.

La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos constituye una de las típicas hipótesis de responsabilidades especiales, enclavada en la esencia del Derecho de Daños.

Consagrada desde la sanción del Código Civil, en el art. 1112, específicamente referida a los funcionarios públicos y extendida uniformemente por la jurisprudencia como norma fundante de la responsabilidad del Estado.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas, actualizó el sistema normativo de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos, sobre la base de los modernos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia en la materia (incorporando asimismo la responsabilidad por actividad lícita del Estado)¹⁷.

El Poder Ejecutivo, a través de sus observaciones, remite erráticamente a supuestas normas generales del derecho administrativo sobre responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos.

De este modo, en la redacción reformulada por el P.E.N., las disposiciones sobre responsabilidad civil no

17 El anteproyecto proponía la responsabilidad objetiva del Estado, por ejercicio irregular de sus funciones (art. 1764). La responsabilidad objetiva del Estado por actividad lícita, debiendo resarcir solo el daño emergente, salvo excepciones (art.1766). Y la responsabilidad – concurrente con el Estado - del funcionario y empleado público, por ejercicio irregular (art. 1765).

son aplicables a la responsabilidad del Estado, de manera directa ni subsidiaria (art. 1764) ¹⁸ .

Las observaciones del P.E.N. retroceden hacia una concepción de impunidad de los gobernantes. Son regresivas no solo en relación al Anteproyecto (siglo XXI), sino al propio art. 1112 del Código Civil (siglo XIX). O sea, dos siglos de retroceso.

Otras modificaciones del Proyecto de Código, en materia de defensa del consumidor.

El Anexo II del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 3, incorpora “MODIFICACIONES A LA LEY 24.240 (modificada por la ley n° 26.361), no solo en relación a los –ya analizados- arts. 40 bis y 52 bis, sino también a los arts. 1 (concepto de consumidor), 8 (efectos de la publicidad) y 50 (prescripción).

La modificación del art.8 es de mera inversión de los componentes sintácticos del texto:

18 “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, se rige por el derecho administrativo” (arts. 1765 y 1766 del Proyecto). Queda la impresión que esa retirada de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos de los dominios del Derecho de Daños, importa la búsqueda de impunidad resarcitoria, a través de la introducción de la cuestión en un círculo vicioso o callejón sin salida. Actitud regresiva, atento que el Derecho debe privilegiar el amparo de los damnificados en lugar de cubrir a los victimarios. Importa, por lo mismo, un notorio deterioro de la calidad institucional, y de elementales bases constitucionales del Estado de Derecho. Explica Jorge Mosset Iturraspe (en “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, ed. Rubinzal-Culzoni (director Gabriel Stiglitz), Santa Fe, 2003, pág.21), que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos es un “tema propio” del Código Civil, o el Código de Derecho privado, donde las diferencias desaparecen y la asimilación con las personas privadas apunta a ser completa. Esto “debe ser así -agrega- porque vivimos en una república democrática y no en un régimen autoritario o en una monarquía. Porque el Estado - culmina Mosset Iturraspe - NO PUEDE RECLAMAR PARA SI PREFERENCIAS O PRIVILEGIOS”.

“Las precisiones publicitarias:

I) se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor,
y

II) obligan al oferente”.

El texto vigente ordena inversamente esas dos proposiciones.

Conforme **el Proyecto de Código** (anexo II, art. 3.2.), quedaría redactado del siguiente modo:

“Artículo 8.- Efectos de la publicidad.

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.”

a) Modificación al art. 1. Concepto de consumidor.

El Proyecto de Código Civil y Comercial (anexo II, art. 3.1.), propone la modificación del art. 1º de la ley de defensa del consumidor 24.240 (modif. ley 26.361).

El texto elevado es el siguiente:

“Artículo 1º.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de

una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

I) El “consumidor expuesto”.

En los Fundamentos del Proyecto, se señala que estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina.

En especial – agregan - cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor.

Ello ha sido una traslación inadecuada (se refieren los Fundamentos al texto agregado por la ley 26.361) del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, dicha fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable.

En cambio – concluyen - , la redacción de la ley 26.361, en el art. 1º (ley 24.240), carece de restricciones, por lo que se trata de una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud.

La definición que surge del texto del Proyecto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial, eliminando al “consumidor expuesto” del concepto general. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (explica la Comisión, en relación a la figura del “consumidor expuesto”), “la hemos reproducido al regular las prácticas abusivas’, toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable”.

Efectivamente, el art.1096 del Proyecto, establece que las normas sobre prácticas abusivas, “son aplicables a

todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092” (definición general de consumidor).

La amplitud del concepto general de consumidor – entendemos - se encuentra garantizada por el art. 1º de la ley 24.240 (texto vigente, que se mantiene en el Proyecto de Código Civil), en cuanto equipara al consumidor, a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios.

Esta última previsión es más que suficiente, para que en función de ella, los Jueces puedan hacer (más allá del ámbito de las prácticas abusivas) interpretaciones extensivas sobre el concepto general de consumidor, aunque en situaciones razonables e inequívocas.

II) Sobre el “consumidor-empresario”

No se nos oculta que, en una primera versión que se hizo pública, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial proponía excluir expresamente, del concepto de consumidor, a quien adquiere o utiliza bienes o servicios teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Esa exclusión expresa -que no ha sido consignada en el texto elevado-, oportunamente motivó la observación del Poder Ejecutivo.

Conforme el texto vigente (art. 1º, ley 24.240, que por ende se mantiene en el Proyecto de Código Civil), la inclusión o no, del consumidor-empresario dentro del ámbito de aplicación, seguirá dependiendo de la interpretación jurisprudencial sobre la noción de “destinatario final” que impone la norma.

Por lo pronto, nos adelantamos en señalar que desde nuestro punto de vista, **la ampliación (o no)** del concepto

de consumidor, a favor de la figura del consumidor-empresario, **no es trascendente** en el contexto del Derecho del Consumidor como sistema de protección, a través de soluciones especiales, **para los sujetos más necesitados de tutela** ¹⁹.

Ampliar el ámbito de aplicación de la legislación especial, a favor del consumidor-empresario, no hace precisamente más progresista al Derecho del Consumidor, ni por asomo. Y en todo caso, puede arriesgar una “banalización de la protección” y un “crecimiento deformado de la disciplina” del Derecho del Consumidor ²⁰.

Incluso pueden presentarse situaciones absurdas:

A) Que el supuesto consumidor-empresario, al adquirir bienes o servicios (*teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*), solicite al proveedor factura con iva discriminado, para deducirlo de sus declaraciones impositivas como responsable inscripto.

Y que por dicha adquisición, luego pretenda ejercer derechos como consumidor -empresario, valiéndose de las soluciones especiales de la ley especial 24.240.

19 Si se redujera la aplicación del sistema (Derecho y políticas), en esencia, en favor de los consumidores de clase media alta, con acceso a las más variadas relaciones de consumo de bienes y servicios, implicaría debilitar notablemente la finalidades perseguidas y resultaría terminantemente contrario a los propósitos más elevados del Derecho del Consumidor. THIERRY BOURGOIGNIE destaca ese riesgo, que supondría “la transformación del derecho del consumo, en un nuevo factor de desigualdades sociales”. Agrega que “numerosos estudios han denunciado el carácter demasiado restrictivo de una política de consumo que dejara de lado los problemas específicos de los consumidores económicamente débiles, reservando una parte muy importante de sus preocupaciones a los problemas encontrados por categorías sociales ya privilegiadas por el nivel de ingresos, de cultura y de educación, y por lo tanto más aptas para protegerse” (“El derecho comunitario del consumo”, en J.A., 26-5-93, pág.16). Concluye el notable autor belga, que “el consumidor económicamente débil sería el consumidor olvidado de la política y el derecho del consumo en la época actual”.

20 Lorenzetti, Ricardo, “Consumidores”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2003, pág.73.

El mismo sujeto, en la misma relación jurídica, se presenta frente al Derecho en dos posiciones contradictorias: al Derecho tributario le pide consideración como empresario y al Derecho del Consumidor, consideración como consumidor.

B) Hasta **puede presentarse la paradoja** que, aun las empresas:

- que actúan de modo recalcitrante respecto a los organismos de defensa del consumidor,
- además de hacer culto a las violaciones a la ley 24.240 (encabezando los ranking de denunciados);
- luego, p.ej., plantean la incompetencia; no asisten a las audiencias conciliatorias, no acatan las medidas cautelares administrativas, ni las sanciones, etc.;
- que esas propias empresas, ante una puntual situación en que puedan verse afectadas, por una adquisición o utilización de bienes o servicios teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, pretendan prevalerse de soluciones jurídicas especiales como “consumidores” y a tal efecto, p.ej., “formulen denuncias ante aquellos mismos organismos administrativos competentes, excitando la actividad estatal a ese efecto : no parece justo” ²¹.

En este contexto – aunque existen opiniones encontradas –, parecía razonable excluir expresamente (en el art. 1º, ley 24.240) al consumidor - empresario, siendo que ello se refería, estrictamente, a la adquisición o utilización de bienes o servicios teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Insistimos que esa postura **no pone en juego el**

²¹ Moro, Emilio, “Un ensanchamiento conceptual tan indetenible como desacertado: la sociedad comercial consumidora”, en El Derecho, 28-12-11, pág. 6.

progresismo del Derecho del Consumidor, y en cambio, puede evitar los riesgos referidos, en orden a situaciones absurdas, un “crecimiento deformado de la disciplina”, o la “banalización de la protección”.

Por lo demás – y este punto merece ser especialmente resaltado -, **tampoco cabe dejarse llevar por la falacia, que si el consumidor - empresario no es recibido dentro del ámbito de aplicación de la ley especial, 24.240, entonces carece de protección jurídica.** Desde luego que no es así, en absoluto.

Afirmar eso, significaría desconocer las bases elementales del ordenamiento jurídico.

Es verdad que en ocasiones, los empresarios pueden encontrarse (respecto a otros), en situación de vulnerabilidad (especialmente los “pequeños o medianos”), al adquirir o utilizar bienes o servicios teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Pero negarles la posición de consumidor, aun en esas situaciones de vulnerabilidad, no implica impedirles el acceso a la protección jurídica, emergente de otros sistemas normativos, con sobrados mecanismos para defenderse, que incluso arrojan en muchos aspectos, soluciones similares a las de la ley de defensa del consumidor. Por ejemplo:

En materia de **contratos por adhesión** y cláusulas abusivas, el Proyecto de Código establece un régimen (arts. 484 a 489), aplicable a todas las relaciones contractuales de esa naturaleza, más allá de los contratos de consumo (es decir inclusive, en su caso, en beneficio de empresarios).

La **publicidad engañosa** es prohibida por nuestro ordenamiento jurídico (ley 22.802, art. 9), no sólo en protección del consumidor, sino específicamente en el ámbito de la lealtad comercial, que atañe a las relaciones entre empresarios.

En materia de daños derivados “del riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas” (o sea, productos y servicios), el Proyecto disciplina un sistema (aplicable por supuesto, también en favor de empresarios-damnificados) de **responsabilidad objetiva**, por ende análogo al del art.40 de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Asimismo, otras normas generales, algunas vigentes en el régimen actual (Código Civil) y otras propuestas por el Proyecto, pueden ser aplicables (aunque no rija la ley de defensa del consumidor), en beneficio de empresarios que adquieren o utilizan bienes o servicios teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Por ejemplo, entre otros:

los principios de la buena fe, la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y otras reglas de la “justicia contractual” (lesión, imprevisión, etc.);
- las normas conexas con la defensa del consumidor, como las leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia, etc.;

el régimen sobre abuso de posición dominante en el mercado, que propone el art. 11 del proyecto de Código Civil y Comercial, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales;

la figura de la situación jurídica abusiva, incorporada por el Proyecto (art.1120), en orden a la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos;

El régimen sobre “contratos conexos”, establecido en el Proyecto (arts.1073 ,1074 y 1075), en el

ámbito de la teoría general del contrato y por ende aplicable también a favor de los empresarios.

Reiteramos lo obvio: negarles a los empresarios (en relaciones vinculadas con su actividad profesional) la posición de consumidores, no implica en absoluto, impedirles el acceso a una poderosa batería de herramientas de protección jurídica.

b) Modificación al art. 50. Prescripción.

El Anexo II del Proyecto de Código, en su art. 3.4., establece: Sustitúyese el artículo 50 de la ley 24.240, modificada por la Ley Nº 26.361, por el siguiente:

“Artículo 50. - Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

La solución del Proyecto consiste en eliminar de la ley especial, 24.240, la cuestión de **la prescripción en torno a acciones judiciales**, que estaba allí mal situada (art.50), en el Título II, sobre autoridad administrativa, etc., capítulo XII, procedimientos administrativos y sanciones. En ese contexto, por ende, el plazo de prescripción, de 3 años, previsto en la citada norma, **quedará acotado a lo que específicamente allí se regula, que son las sanciones administrativas.**

En la redacción originaria de la ley 24.240, el art.50 dejaba dudas sobre sus alcances. La reforma por ley 26.361, aclaró definitivamente que el plazo de prescripción, de 3 años, se refería también especialmente a las acciones judiciales. Pero sin embargo se mantenía, como deficiencia de política legislativa, su ubicación dentro del Título y Capítulo, acotados a los procedimientos y sanciones administrativas.

Por ello el Proyecto de Código Civil y Comercial subsana

esa incorrección, siendo que además, **el plazo judicial para las acciones judiciales de los consumidores seguirá siendo el mismo (o mayor)**. Puesto que serán de aplicación los establecidos genéricamente, sea de 5 años (art.2560), o bien 3 años, en los reclamos por indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil (art. 2561).

Y complementariamente, establece el art.1095 del Proyecto, respecto a **prelación normativa**, que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme al principio de protección del consumidor; y en caso de duda sobre la

interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Conclusiones sobre la defensa del consumidor en el Proyecto de Código. Balance y perspectivas.

I) Balance

a) El Derecho del Consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial importa una evolución signada por la **jerarquía, eficacia y estabilidad del sistema de protección jurídica**.

b) Toda la normativa incorporada, representa – también por su contenido – un avance significativo en el Derecho del Consumidor.

A) Regulaciones de las que adolece la ley 24.240 (y que no fueron abordadas por la modificatoria 26.361) :

Teoría general del contrato = contratos por adhesión, conexidad contractual, etc.

Contratos de consumo = prácticas abusivas, publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, cláusulas abusivas, etc.

Una disciplina íntegra sobre “contratos bancarios con consumidores y usuarios”.

B) Innovaciones en el régimen general de responsabilidad civil, aplicables y progresivas en orden a los daños a consumidores y usuarios:

función preventiva de la responsabilidad civil,
avances en torno a nuevos daños resarcibles, y
legitimados activos (damnificados indirectos,
convivientes, etc.);

* pautas adicionales en el régimen de responsabilidad
objetiva;

eliminación – en los casos de responsabilidad objetiva
- de la suspensión del dictado de la sentencia civil
hasta que recaiga la penal (actual art. 1101, Cód.
Civil), etc.

a) **Las únicas involuciones devienen de las observaciones del Poder Ejecutivo al Anteproyecto**, p.ej., eliminando la regulación en materia de derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas; y la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, cuestiones –ambas íntimamente ligadas al Derecho del Consumidor.

b) A través de las modificaciones propuestas en el Anexo II (art.3), **subsana deficiencias técnicas de la ley 26.361 (esencialmente, los arts. 40 bis y 52 bis)**, y corrige sus textos recogiendo críticas de magnitud de la comunidad jurídica nacional.

II) Perspectivas

El Derecho del Consumidor es un sistema de protección que:

a) no puede acotarse a las normas de la ley especial
24.240²²;

22 Muy por el contrario, el Derecho del Consumidor comprende distintas órbitas jurídicas: comenzando por la constitucional, continuando por la

b) y viene a ser enriquecido por el Proyecto de Código Civil y Comercial, en el contexto de esta línea de cultura jurídica que destacamos, marcada por la multiplicidad y diálogo de las fuentes.

No se nos oculta que en contra de esta línea de cultura jurídica, puede existir una tendencia menor de reacción, contra la incorporación de la defensa del consumidor en el Proyecto de Código.

Como si el Derecho del Consumidor fuera, solo los 65 artículos de la ley 24.240 (y especialmente los reformados por ley 26.361).

Un aferrarse a la ley especial, que pareciera miedo al Código Civil. O quizá, miedo a “lo desconocido”.

Hay remedios

- **Acercarse al Código** y no temer a un abierto diálogo entre la multiplicidad de las fuentes.

- **Y calma: el Derecho del Consumidor siempre avanza.**

Lo hemos visto nacer, desnudo, desde la doctrina y jurisprudencia, sin ley especial, ni reconocimiento constitucional.

Lo hemos visto crecer, por la ley 24.240, florecerse en la Constitución Nacional (arts. 42 y 43) y ahora quiere escalar otra vez bien alto, llevando nuevas normas progresivas al Código Civil y Comercial. El Derecho del Consumidor siempre avanza: no está en juego su vida o muerte, por palabras más o palabras menos, del Proyecto.

legislativa, que comprende no solo el régimen especial sino también las leyes conexas y especialmente las normas generales del Código Civil (y en su momento, el actual Proyecto), pero también el ámbito jurisprudencial, doctrinario y hasta académico. Ver STIGLITZ, Gabriel “La defensa del consumidor en Argentina”, t.I, “30 años de Derecho, sin políticas”, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa fe, 2012, pág.10 y sgtes.

El derecho de defensa del consumidor en la constitución peruan de 1993

Guido Aguila Grados¹

La economía social de mercado

La actividad económica del Perú se desarrolla en una economía social de mercado.

Dicho régimen económico fue introducido primera vez en la Constitución Política de 1979, específicamente en su artículo 115°. Su introducción fue duramente criticada al considerarse que este sistema económico beneficiaba principalmente al capital extranjero, impedía el control del Estado y un verdadero desarrollo del país.

No obstante, la actual Constitución Política de 1993, con mayor aceptación pública, ha recogido este mismo régimen económico en su artículo 58° el cual indica:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

Pero, ¿Que se debe entender por economía social de mercado? Al respecto es preciso indicar que una economía social de mercado parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la

1 www.guidoaguila.com.

segunda, referida a que si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia².

Es por ello que este régimen económico si bien busca un mercado eficiente, que funcione sin distorsiones a fin de que los agentes económicos puedan tomar libremente sus decisiones otorgándoles una serie de libertades, también busca una sociedad justa, en la cual se puedan satisfacer todas las necesidades de la sociedad.

Para tal efecto se atribuye al Estado la posibilidad de intervenir en ciertas materias económicas y sociales, de manera subsidiaria. En tal sentido, el Estado tiene como rol brindar a todos los ciudadanos la posibilidad de tener ingresos básicos que le permitan subsistir y participar en la vida política y económica, corregir las imperfecciones del mercado, actuar cuando no lo hagan los agentes en forma eficiente, y tomar decisiones encaminadas a la satisfacción de las necesidades básicas de toda persona.³

El Tribunal Constitucional peruano –supremo intérprete de la Constitución–, ha señalado que la economía social de mercado “es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) **Bienestar social**; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) **Mercado libre**; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a

2 GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2005). “Iniciativa Privada y Economía Social de Mercado”. En: “La Constitución Comentada”. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, p.797

3 KRESALJA, Baldo y OCHOA, César (2009). “Derecho Constitucional Económico”. Lima, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, p.356

una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

- c) **Un Estado subsidiario y solidario**, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de “*una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.*” (STC N° 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003).

Asimismo, el régimen de una economía social de mercado tiene como elementos básicos una serie de disposiciones constitucionales protectoras de los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado. De este modo, la Constitución reconoce la **libre iniciativa privada** de los agentes económicos entendida como el derecho de desarrollar las actividades económicas que se prefieran dentro de los límites establecidos en la ley; estimula la **creación de riqueza**; garantiza la **libertad de empresa** (facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios⁴), **comercio** (facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios⁵), **e industria** (facultad de elegir y obraren en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos⁶); reconoce el **pluralismo económico** (de diversas formas empresariales) y la coexistencia de **diversas formas de propiedad y empresa**; así como,

4 STC N° 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento 26

5 IDEM.

6 STC N° 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento 26

facilita y vigila la **libre competencia** entendida como la realización las actividades económicas con la menor interferencia estatal, entre otros.

Sin embargo, el Estado no solo tiene el deber de proteger a los agentes económicos, sino también tiene un especial deber de protección a los consumidores y usuarios, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 65º de la Constitución. Así, tal como señala el Tribunal Constitucional *“Esta disposición constitucional constituye un límite a la actuación de las empresas en una Economía Social de Mercado”*.⁷

El deber especial de protección al consumidor en la constitucion

El deber especial de protección al consumidor, como principio rector de la política social y económica del Estado, fue introducido por primera vez en la Constitución Política de 1979, en el capítulo referente a los principios generales del régimen económico. Éste en su artículo 110º establecía que *“El Estado defiende el interés de los consumidores”*.

Posteriormente, este principio fue incorporado en el artículo 65º de la Constitución Política de 1993, el mismo que señala:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la seguridad y la salud de la población”.

Mediante este artículo la Constitución establece uno de los principios más importantes de la economía social de mercado, que es la protección del interés del consumidor o usuario, considerado como el fin de toda actividad económica.

7 STC N° 518-2004-AA/TC de fecha 12 de julio de 2004.Fundamento 11

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional el artículo 65º prescribe la defensa de los intereses de consumidores y usuarios mediante un derrotero jurídico binario⁸:

- 1 - Establece un principio rector para la actuación del Estado. Este constituye una pauta o postulado básico destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado la misma que tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.
- 2 - Consagra un derecho subjetivo a los consumidores y usuarios. Así, se reconoce la facultad de acción defensiva de éstos en casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, lo que implica la exigencia al Estado de una actuación determinada, y la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Asimismo, el citado artículo establece expresamente como obligaciones genéricas el garantizar el derecho de los consumidores y usuarios a la información sobre los bienes y productos que se ofrecen en el mercado, la misma que debe ser veraz, suficiente, apropiada y de fácil acceso; y el velar por su salud y seguridad.

Sin embargo, estos derechos expresamente reconocidos por la Constitución, no pueden ser entendidos como los únicos derechos reconocidos para la protección al consumidor y usuario. El Tribunal Constitucional ha seguido esta misma línea de interpretación al indicar: “Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso de los derechos anteriormente señalados, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada teleológicamente en la

8 STC Nº 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento 30

Constitución. Es de verse que, insertos en el texto *supra*, albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un *númerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. La pluralidad anteriormente mencionada tiene su fuente de reconocimiento, fundamentalmente, en el artículo 3□ de la Constitución, y residualmente en el artículo 2□, incisos 2) y 13), y en las partes *ab initio* de los artículos 58º y 61º de la Constitución.”⁹

En tal sentido, esta disposición constitucional establece al Estado la obligación de defender y garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimiento eficaces, en especial en el ámbito de la información y educación, seguridad y salud, fomentando sus organizaciones y ayudándola en cuestiones que puedan afectarlas, y no solo con carácter utilitarista, sino en forma equilibrada, esto es, tomando en cuenta a todos los participantes en el mercado y, además, acorde con los principios inspiradores del Estado Social y Democrático de Derecho.¹⁰

Principal normativa sobre protección al consumidor

Decreto legislativo 716

En 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor. Esta ley tuvo como base constitucional el artículo 110º de la Constitución Política de 1979, el cual fue incluido en su artículo N° 2 que establecía

9 STC N° 01865-2010-PA/TC de fecha 20 de julio de 2011. Fundamentos 17 y 18

10 KRESALJA, Baldo y OCHOA, César (2009). Ob.cit. p.316

lo siguiente: “La protección del consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”.

La Ley de Protección al Consumidor condensó en un solo texto las diversas disposiciones legales y administrativas que hasta ese entonces regulaban los derechos del consumidor.

Asimismo, sus disposiciones reforzaron el deber especial del Estado en la protección de los consumidores y usuarios, cuyo sustento fue la evidente desigualdad que existe en la relación de consumo, la cual pone al consumidor en una posición de debilidad frente al consumidor, principalmente por la asimetría informativa que existe entre ellos. De este modo, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi ha señalado que “la protección especial que se brinda al consumidor, a partir de las normas contenidas en la ley de protección al consumidor, parte del supuesto de la existencia de una situación de asimetría informativa en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores. Esta situación es de desventaja en desmedro de los consumidores, quienes no cuentan con la misma calidad ni cantidad de información que los proveedores, en razón del conocimiento que éstos tienen de las actividades relacionadas con su proceso productivo.”¹¹

Sin embargo, esta Ley sufrió una serie de modificaciones hasta su derogación en el 2010.

De este modo, en 1996 mediante Decreto Legislativo N° 807 se introdujeron diversas modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor. Asimismo, en el 2000 se dictó la Ley N° 27311- Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección del Consumidor que sancionó diversas normas complementarias.

¹¹ Resolución N° 276-2008/CPC-INDECOPI de fecha 13 de febrero de 2008

Posteriormente, el 11 de diciembre de 2000, se promulgó el Texto Único Ordenado de la Ley Protección al Consumidor mediante Decreto Supremo 039-200-ITINCI, el cual fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1045 - Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.

Por mandato de esta última norma, en el 2009, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor a través del Decreto Supremo N° 006-2009-PCM.

Código de protección y defensa del consumidor

El 02 de octubre del 2010, entró en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor mediante Ley N° 29571, la misma que derogó la normativa anteriormente citada.

La introducción de este cuerpo normativo en nuestro ordenamiento jurídico trajo consigo opiniones encontradas. Por una parte, diversos políticos y doctrinarios alabaron la vigencia de esta norma al considerar que mediante ella se mejoraría la competitividad del país y se brindarían pautas efectivas para la protección del consumidor. Por otro lado, los críticos del Código consideraron que su promulgación era innecesaria y que representaba una excesiva intervención del Estado en mercados razonablemente competitivos.

El Código tiene como base constitucional el artículo 65° de la Constitución Política de 1993, tal como lo establece el artículo I del su Título Preliminar: “El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú

y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú.”

En su texto se enumeran una serie de principios que sustentan el artículo 65º de la Constitución, los mismos que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia¹². Estos principios son:

Principio de Soberanía del Consumidor.

Establece que las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

Principio Pro Consumidor. Implica que en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio se desprende el principio denominado por el Tribunal Constitucional como “**indubio pro consumidor**”, que plantea que en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

Principio de Transparencia. Establece que en la actuación en el mercado, los proveedores deben generar una plena accesibilidad de información veraz y apropiada a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen.

12 STC N° 01865-2010-PA/TC de fecha 20 de julio de 2011. Fundamentos

Principio de Corrección de la Asimetría.

Prescribe que las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional dentro del principio de proscripción del abuso del derecho, que plantea que el Estado combate toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

Principio de Buena Fe. Implica que en la actuación en el mercado, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes.

Principio de Protección Mínima. Establece que el Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor.

Principio Pro Asociativo. Plantea que el Estado facilita la creación y actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

Principio de Primacía de la Realidad. Establece que en la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los siguientes principios:

Principio de isonomía real. Implica que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios deben establecerse en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.

Principio restitutio in íntegrum. Plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.

Principio de veracidad. Implica que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor transmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.

Igualmente, el Código ha prescrito una serie de políticas públicas que deben ser llevadas a cabo a fin de que se cumpla con el especial deber de protección a los consumidores. Estas políticas constituyen compromisos que el Estado debe implementar en acciones concretas a través de los diversos poderes públicos; y en algunos casos contienen verdaderos principios informadores que

podrían ser invocados por los consumidores. Las políticas públicas que contiene el Código pueden ser clasificadas de la siguiente manera: políticas de prevención, políticas de protección y políticas de promoción de los derechos de los consumidores¹³, y se encuentran reguladas en el Artículo VI del Título Preliminar.

Asimismo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha traído grandes avances en la normativa de protección al consumidor. A continuación veremos algunos de ellos.

Noción de Consumidor

La noción de consumidor establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, es fruto de la unificación de criterios jurisprudenciales y legislativos vertidos a lo largo de estos últimos años.

El texto original del Decreto Legislativo N° 716 consideraba, en su artículo 3 literal a), como consumidores a las personas naturales o jurídicas que adquirirían, utilizaban o disfrutaban como destinatarios finales productos o servicios. Así, la Ley de Protección al Consumidor recogió la noción de consumidor final. Este concepto fue precisado por el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996, en la cual indicó: “Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a

13 VILLOTA CERNA, Marco Antonio (2010). “Avances y Orientaciones del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. N° 11. Lima. INDECOPI. p.28

los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal”.

Posteriormente, mediante Resolución N° 422-2003/TDC-INDECOPI del 03 de octubre de 2003, el Tribunal amplió la noción de consumidor, y consideró que los microempresarios, tanto personas naturales o jurídicas, podrían tener tal condición siempre que se evidenciara una situación de asimetría informativa con el proveedor.

En el 2008, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1045 - Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, la cual modificó el artículo 3º literal a) de la Ley de Protección al Consumidor. Mediante dicha modificación se mantuvo la condición de consumidor a los microempresarios con relación a productos y servicios no relacionados con el giro propio del negocio, pero se excluyó a las personas jurídicas de la noción de consumidor.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo IV del Título Preliminar, ha reincorporado dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas, al realizar una interpretación constitucional y pro consumidor de la normativa. El texto del citado artículo es el siguiente: “1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre el destino

final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.”

Consumidor Equiparado

El consumidor equiparado es aquel consumidor que se encuentra expuesto a una relación de consumo, independientemente de que esta se concrete o no¹⁴. El Código introduce por primera vez este concepto en su artículo III, inciso 1, del Título Preliminar al establecer: “El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.”

Sin embargo, cabe anotar que el concepto de consumidor equiparado o potencial ya había sido desarrollado anteriormente por la Comisión de Protección al Consumidor mediante Resolución N° 492-2003/CPC de fecha 14 de mayo de 2003 por la cual consideró que “Existen determinados casos en los que pese a no haberse realizado una transacción comercial, la expectativa de retribución económica para el proveedor genera una relación obligacional frente al consumidor potencial. Este supuesto está vinculado con el nivel de inmediatez o proximidad que existe entre el consumidor potencial y el proveedor para la puesta a disposición de productos o servicios”

Libro de Reclamos

El Código introduce la figura del libro de reclamaciones, como un medio efectivo para facilitar al consumidor la presentación de una queja o reclamo ante el proveedor de manera inmediata al conflicto de consumo. En tal

14 ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2010). “Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 202. Lima. Gaceta Jurídica.p.16

sentido, los establecimientos abiertos al público deben tener obligatoriamente un libro de reclamaciones ya sea en forma física o virtual.

Asimismo, la norma establece como requisito mínimo la exhibición en los establecimientos comerciales, en un lugar visible y fácilmente accesible al público, de un aviso que indique la existencia del libro de reclamaciones y el derecho que tienen los consumidores de solicitarlo cuando lo estimen conveniente.

Procedimiento Sumarísimo

El Código de Protección y Defensa del Consumidor introduce un cambio sustantivo al régimen de los procedimientos administrativos, al establecer un procedimiento sumarísimo que constituya una vía célere para casos de poca cuantía o complejidad. Mediante este procedimiento se tramitan denunciar por vulneración de intereses individuales cuyos montos no superen las 3 UIT; y con independencia de su cuantía, aquellas denuncias que versen exclusivamente sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza, demora en la entrega del producto, incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio, e incumplimiento y liquidación de costas y costos.

Igualmente, a diferencia del procedimiento ordinario por el que se tramitan denuncias por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afectan intereses colectivos o difusos, y productos o servicios cuya cuantía sea mayor a 3 UIT o son inapreciables en dinero; el plazo máximo para la tramitación del procedimiento sumarísimo por cada instancia es de 30 días hábiles, mientras que en el procedimiento ordinario es de 120 días hábiles.

Conclusiones

En este breve recorrido por la Constitución Económica peruana y el Derecho de Defensa de Consumidor podemos concluir lo siguiente:

- 1 - El equilibrio entre lo “social” y el “mercado” en una economía social de mercado se encuentra en puntos sensibles y reconocibles. Uno de ellos es el derecho de defensa del consumidor.
- 2 - Si tenemos en cuenta que Brasil reguló este derecho fundamental en 1990, se concluye el atraso de dos décadas que tiene el Perú. La diferencia no es menor en una economía que crece exponencialmente al menos en cifras macro.
- 3 - Respecto a la legislación es preciso que además de una “información”, esta vaya acompañada de una “formación” a los ciudadanos para hacer efectivos sus derechos y su respectiva garantía de protección.

Observações sobre a responsabilização civil pelo risco biotecnológico^{1*}

*Paulo Roberto Ramos Alves^{2**}*

Introdução

Milhares de anos contemplam o infinito gênio criativo do ser humano. A inquietude e as constantes necessidades a que a sociedade foi submetida no curso dos séculos desencadearam mudanças significativas nas diversas esferas da vivência social. Desde a pré-história o homem se defronta com a necessidade de inovar, de criar. Essas inovações, ocorridas no decurso do tempo vieram promover uma revolução, até então, sem precedentes no âmbito social.

A história seguiu impassível, assistindo à descoberta de novas técnicas e à constituição de tecnologias inovadoras. Da Revolução Industrial³ as duas grandes guerras, do

1 * O presente texto é fruto de pesquisa desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, afigurando-se como um dos aspectos da pesquisa realizada. Pelas evidentes limitações impostas pelas características formais de um artigo, não será possível analisar no presente momento outros aspectos igualmente relevantes da gestão jurídica do risco biotecnológico, como a incidência de níveis de responsabilização por risco no âmbito decisório-organizacional, a operacionalidade organizacional voltada às decisões que orientam os desenvolvimentos da biotecnologia ou, ainda, as características do risco na sociedade contemporânea.

2 ** Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF); advogado, pesquisador e professor universitário. E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br.

3 A Revolução Industrial foi o marco no qual a técnica foi gradativamente aprimorada e implementada com força suficiente para moldar toda uma sociedade manufatureira em uma sociedade industrial-capitalista, o que,

curso da guerra fria à sociedade da informação, o mundo viveu (e vive) as maiores transformações tecnológicas da história. A biotecnologia apresenta-se, justamente, como um dos vértices dessa transformação, o qual torna possível a reconstrução comunicativa de fenômenos relacionados à vida.

As breves linhas que seguem buscam evidenciar a biotecnologia como uma forma comunicativa própria da sociedade contemporânea, diferenciando-se, portanto, da natureza. Frente à observação da biotecnologia como forma comunicativa, busca-se a análise de novos elementos do direito de responsabilidade como meio hábil para observações jurídicas sofisticadas do risco biotecnológico, proporcionando, com isso, formas de equilíbrio entre as relações de consumo envolvendo organismos geneticamente modificados e a necessária observação jurídica sobre os riscos de tais desenvolvimentos.

Breve histórico da evolução da biotecnologia

A submissão da natureza às ciências é uma busca constante. Desde muito o ser humano inspira-se na natureza para suas construções próprias.⁴ Essa *domesticação da vida* é reiteradamente almejada desde os primórdios das civilizações, basta observar a ancestral utilização de animais em trabalhos pesados, bem como a presença de bactérias em processos de fermentação

posteriormente, seriam as bases para a emergência de uma sociedade de risco. Sobre a Revolução Industrial ver HOBBSAWM, Eric J. Da revolução industrial inglesa ao imperialismo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; ARRUDA, José Robson de Andrade. A revolução industrial. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994.

4 SCHULZ, Peter Alexander. De volta para o futuro: os precursores da nanotecnociência. Cadernos IHU idéias, São Leopoldo, n. 95, jan. 2008. p. 3-4.

para a fabricação de alimentos.⁵ A natureza, entretanto, mostrava-se irredutivelmente encerrada em seus próprios mistérios, era senhora de seus domínios e dos mais profundos segredos de sua existência.

Com a descoberta da hélice dupla de DNA, em 1953, por Francis Crick e James Watson, abriu-se a possibilidade de manipulação da *fórmula da vida*, consistente no material genético dos seres vivos. Contudo, foi apenas no início da década de 1970 que se deu a combinação genética e a recombinação de DNA⁶, por Stanley Cohen e Herbert Boyler, então descobridores do método de clonagem de genes. Nessa esteira, em 1975 foi isolado o primeiro gene de mamíferos e, em 1977, ocorreu a primeira clonagem do gene humano⁷.

A possibilidade de *brincar de Deus*, aberta no início da década de 1970, fez emergir um grande movimento de abertura de empresas direcionadas à atuação em pesquisa genética, visando à utilização dos novos conhecimentos para aplicações em setores como a medicina. Sendo notório o potencial econômico dos processos biotecnológicos, emerge o desenvolvimento genético voltado à agroindústria e à manipulação de microrganismos com funções específicas, destinados a uma diversidade de aplicações, da produção de fármacos a combustíveis.

Com o patenteamento, em 1988, de um rato gerado via técnicas de engenharia genética, restou cristalizada no meio científico a nítida possibilidade de manipulação da natureza em níveis até então jamais alcançados.⁸ Era

5 KREUZEN, Helen; MASSEY, Adrianne. Engenharia genética e biotecnologia. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 17.

6 A recombinação genética é o fenômeno segundo o qual há a troca de fragmentos de cromossomos no período da divisão celular denominada meiose. A recombinação dá-se no sentido de uma manipulação que permite o corte e a união de pequenos fragmentos de DNA, assim, esse procedimento caracteriza-se quando são transferidos genes de uma espécie a outra de modo a se obter uma combinação gênica até então inexistente na natureza. MALAJOVICH, Maria Antonia. Biotecnologia. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2004. p. 118.

7 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 92.

8 CASTELLS, A sociedade em rede, p. 93.

chegado o momento em que a Ciência⁹ finalmente reconstruía, em seu âmbito interno, a natureza em seus níveis mais complexos.

A observância de critérios biológicos, aliada às crescentes inovações tecnológicas, revestiu-se no vetor para a reconstrução da vida no âmbito da sociedade. Não obstante a prática ancestral de formas de domínio sobre a natureza em nível de utilização de organismos vivos, chegara a oportunidade de manipulação da própria vida, não apenas de sua utilização em atividades cotidianas, mas em sua essência.

A evolução da biotecnologia teve como marcos, ainda, o nascimento da ovelha clonada Dolly, cujo anúncio deu-se em fevereiro de 1997, por cientistas do *Roslin Institute* em Edimburgo; a clonagem sequencial de 22 camundongos por Yanagimachi e Wakayama na Universidade do Havaí, bem como a clonagem de macacos adultos em 1998 por cientistas da *Portland State University*¹⁰.

A partir dos incríveis desenvolvimentos alcançados nas pesquisas biotecnológicas, em 1990 o governo dos Estados Unidos passa a financiar um programa visando ao mapeamento completo das dezenas de milhares de genes que compõem o código genético da espécie humana, denominando esse projeto como Projeto Genoma. O desenvolvimento desse projeto culminou, em 2009, no sequenciamento de todo o código genético humano,¹¹ sendo possibilitada sua observação sob um modelo em três dimensões,

9 A ciência se diferencia de outros sistemas sociais, “para ella lo más importante no es ni la diferencia entre justicia e injusticia, ni la que pueda existir entre gobierno y oposición, ni la diferencia entre orientaciones immanentes y orientaciones transcendentales, ni la diferencia entre mejores o peores diplomas en el sistema educativo de las escuelas e instituciones de educación superior. Su marco es su propio código. Todo efecto de ancla se remite, independientemente de cómo se haya realmente iniciado, a la diferenciación verdad/falsedad. Esta distinción nos permite referirnos, en cualquier situación, ao todo, así como reactualizar la historia del sistema.” LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos, 1996. p. 197.

10 CASTELLS, A sociedade em rede, p. 93.

11 CHAIN, P. S. G. et al. Genome project standards in a new era of sequencing. Science. v. 326, 9 out. 2009. p. 236-237.

bem como pela constatação de que o genoma humano possui uma incrível capacidade de armazenamento de informações.

A partir da aquisição de conhecimento sobre o próprio código da vida, abriram-se as portas à possibilidade de alteração desse código. Assim, a possibilidade de manipulação genética viabilizaria a identificação e a redução de determinadas doenças, bem como a erradicação de predisposições genéticas, por exemplo, quando da aplicação de tais técnicas biotecnológicas à saúde. A utilização dessas técnicas encontra no setor médico e farmacêutico um mercado em crescente expansão.

Além das implicações das pesquisas genéticas voltadas à área médica e farmacêutica, esses desenvolvimentos representam importantes avanços em setores como o alimentício, sendo a utilização de alimentos modificados geneticamente uma das grandes discussões jurídicas e econômicas dos dias atuais. Sob tal aspecto, as opiniões encontram-se divididas, sendo a produção de alimentos geneticamente modificados defendida sob a observação de que tais práticas podem minimizar os problemas da fome, reduzindo desigualdades, assim como, sob outra observação, levantam-se vozes sobre os eventuais riscos na utilização de tais produtos, precisamente em razão da impossibilidade de cálculo de suas consequências.¹²

As possibilidades trazidas pela biotecnologia são muitas: da cura de doenças ao exponencial desenvolvimento agrícola. Dessa maneira, os reflexos econômicos mostram-se de nítido contorno, razão pela qual há uma rápida operacionalização econômica dessa forma comunicativa, esquentando os debates acerca da possibilidade de patenteamento e detenção de direitos legais sobre conhecimentos para a manipulação de genes humanos.¹³

12 RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. Biodireito: alimentos transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 116-117.

13 SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília. v.15. n. especial. 1998. p. 41-66.

Os processos biotecnológicos, contudo, vêm encontrando severas críticas, como as promovidas por movimentos ambientalistas. O nítido negativismo em relação às tecnologias tem suas origens na crescente sensação de insegurança que permeia o cotidiano social. O debate não é centrado em razão da análise custo/benefício das inovações biotecnológicas¹⁴, mas sim em razão de não se poder antever seus resultados, precisamente por não ser possível o conhecimento prévio sobre quais serão os custos e os riscos a serem suportados pela sociedade.

Nesse contexto, afigura-se um duplo problema: por um lado, a sociedade contemporânea mostra-se extremamente dependente do desenvolvimento da biotecnologia, não sendo suficientes simplesmente o apelo a discursos securitários. Por outro lado, os riscos advindos de tais desenvolvimentos devem ser operacionalizados pelo direito, mediante a observância dos níveis de risco aos quais a sociedade está disposta a suportar.

Isso caracteriza o conhecido paradoxo do desenvolvimento, afinal, que possibilidades existem para que tal paradoxo seja equacionado? Dito de outro modo, como equacionar desenvolvimento e sustentabilidade frente a uma realidade plural e extremamente dependente dos desenvolvimentos da técnica? Tal questionamento pode encontrar algumas alternativas em construções comunicativo-sistêmicas orientadas a partir de novas observações da responsabilidade civil.

A biotecnologia na forma de comunicação

Todo e qualquer conhecimento apenas é possível a partir de uma internalização de critérios extra-sistêmicos, ou, em outras palavras, o conhecimento sempre é um resultado particular e relativo de um observador, uma construção interna que resulta de observações de

14 KREUZEN; MASSEY. Engenharia genética e biotecnologia, p. 47.

observações (observação de segunda ordem).¹⁵ Melhor dito, todo e qualquer sistema cognitivo (biológico, psíquico ou social) opera mediante critérios próprios, isto é, pelo fato de constituírem-se na forma de máquinas não triviais¹⁶ históricas e autorreferenciais, o conhecimento sempre será um produto interno desses sistemas.

Quando se fala em qualquer acontecimento social, está pressuposto que o discurso cinge-se a comunicações. Por isso, não se pode falar em biotecnologia sem a aferição de critérios comunicativos e de acoplamentos estruturais entre biologia¹⁷ e técnica, tampouco é possível delimitar seu âmbito de operação sem que esta seja compreendida como um conjunto de relações comunicativas em uma esfera de operações específicas, na qual o que conta é tão somente a causalidade dessas operações semiautônomas.

Para Luhmann, a técnica é observada como um fechamento causal em um âmbito de operações, não podendo ser vista como uma imitação da natureza, mas justamente seu oposto. A possibilidade

15 LUHMANN, Niklas. Conhecimento como construção. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 96.

16 Máquinas triviais, conforme explica Luhmann, têm sua operacionalidade previsível, pois a partir de determinada entrada (input), é sabido qual será a saída (output). De forma oposta as máquinas não-triviais (e aqui se compreende o sistema social) fazem seu output depender de seu estado interno, não sendo possível prever o resultado de suas operações. Desse modo, para efeitos do sistema social, os mesmos inputs, resultam outputs diferentes, sem jamais haver a garantia de seu conteúdo. LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 51.

17 Saliente-se que a ideia de autopoiese, empregada por Luhmann na sociologia para explicar os processos de auto-reprodução comunicativa, é originada precisamente na biologia de Maturana e Varela, que, na busca pela compreensão dos processos cognitivos da existência biológica, encontraram no conceito de autopoiese sua forma de descrição. ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001. Para mais detalhes sobre a autopoiese (biológica) ver ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

de sua aplicação não é outra coisa senão um isolamento de relações causais, nas quais suas consequências são: 1) a possibilidade de controle de seu curso; 2) a possibilidade de planificação de eventuais erros e 3) a possibilidade de cálculo e reconhecimento de erros.¹⁸

Os sistemas sociais enfrentam a técnica constantemente. Esse enfrentamento se dá mediante formas específicas de acoplamento entre os sistemas sociais e os setores particulares da tecnologia, o que ocorre sob condições de deriva estrutural. Tais acoplamentos, não raro, apresentam efeitos diversos daqueles pretendidos e conflitivos com as especificidades comunicativas de outros sistemas.¹⁹

Tendo em vista que a aplicação da técnica nada mais é do que a recursividade de processos encadeados mediante um isolamento de causalidade, seus acoplamentos com setores particulares da sociedade viabilizam novas formas tecnológicas muito específicas. É possível exemplificar tal afirmação pela existência de variações comunicativas decorrentes de outros acoplamentos, como a nanotecnologia, a tecnologia espacial, a tecnologia nuclear, etc.

A biotecnologia, nesse contexto, pode ser observada justamente como uma forma específica que é delimitada a partir do acoplamento entre a biologia e a tecnologia, na qual, ainda que aparentemente não constitua um subsistema funcional autônomo em razão da ausência de uma codificação específica, bem como carecendo de limites autopoieticos, há a recursividade de processos comunicativos em um âmbito restrito de operações. Precisamente a recursividade dos processos biotecnológicos permite vislumbrar essa especificação comunicativa em um âmbito restrito.

Pode-se, assim, afirmar que a biotecnologia reveste-se em uma forma específica de comunicação. Por forma

18 LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1998. p. 132-133.

19 LUHMANN, *Sociología del riesgo*. p. 145.

compreende-se uma distinção utilizada para “sustituir la distinción sustância/accidente o cosa/cualidade”²⁰, isto é, apenas é possível observar a biotecnologia (forma) pela distinção com seu meio. Em outras palavras, a comunicação biotecnológica não é um conceito delimitado em si mesmo, mas uma forma específica, particularizada precisamente pela correspondência ao seu meio, a não biotecnologia.

Isso significa que a biotecnologia distingue-se de outras formas de diferenciação da técnica. A técnica comporta incríveis variações comunicativas, conforme anteriormente mencionado. Ao se falar em biotecnologia, está pressuposta uma forma específica gerada a partir de acoplamentos próprios entre duas realidades comunicativas diversas. Apenas é possível observar uma eventual comunicação biotecnológica se se partir da constatação de que existem evidentes trocas comunicativas nos mais diversos âmbitos sociais.

A biotecnologia, por sua vez, ultrapassa os limites sistêmicos impostos à biologia como verdade científica. Essa comunicação amolda-se a uma realidade particular, na qual se transcende a mera análise científico-biológica, em que o critério básico de aferição é justamente a forma verdadeiro/falso, transmutando-se em um fenômeno que ultrapassa as fronteiras sistêmicas impostas pela Ciência e passa a permear, concomitantemente, diversos campos sociais mediante evidentes perturbações e acoplamentos.

Essa nova forma comunicativo-tecnológica perpassa os sistemas sociais constantemente, basta ser pensado na visão utilitarista da Economia ao operar com o código ganho/perda, na qual a comunicação biotecnológica ganha contornos eminentemente monetários, por exemplo, ao ser empregada no cultivo de plantas geneticamente modificadas ou na fabricação de medicamentos por grandes laboratórios;

20 LUHMANN, Niklas. El arte de la sociedad. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2006. p. 171-172.

na ótica do sistema sanitário, em cujos desenvolvimentos genéticos serão operacionalizados pela bifurcação saúde/enfermidade, empregando-se os conhecimentos na busca por novos tratamentos para diferentes doenças.

Ainda, pela observação política mediante a forma governo/oposição, em que são produzidas decisões coletivamente vinculantes, como, por exemplo, a constitucionalização das práticas de manipulação genética (art. 225, § 1º, inciso II, IV e V da Constituição Federal de 1988)²¹, posteriormente regulamentado pela Lei nº. 11.105/2005, popularmente conhecida como Lei de Biossegurança.

A comunicação biotecnológica, desse modo, viabiliza diferentes horizontes de observação, sejam voltados à aplicação em tratamentos de saúde (saúde/enfermidade), sejam voltados a interesses econômicos (ganho/perda), seja pela necessidade de produção de decisões coletivamente vinculantes (governo/oposição) ou, ainda, em razão de critérios de legalidade, construídos pelo sistema jurídico (direito/não direito), resultando na constante perturbação das múltiplas racionalidades sistêmicas, o que traduz a necessidade de sua (re)construção no âmbito interno dessas instâncias sociais.

21 Constituição Federal de 1988, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Para uma nova teoria da responsabilidade

Uma das alternativas possíveis diz respeito à operacionalização jurídica do princípio da precaução.²² Uma saliente alternativa surge quando a ideia de precaução é aliada à necessidade/possibilidade jurídica de atribuição de responsabilidade. A flexibilidade viabilizada pelo referido princípio²³ possibilita que o direito de responsabilidade seja pensado em termos de probabilidade/improbabilidade, isto é, que venha ao encontro da determinação das indeterminações com base no risco.²⁴

Neste contexto, a responsabilidade civil vem sofrendo violentos abalos em suas estruturas mais tradicionais. O tríptico conduta-nexo-dano, então representante máximo das tradicionais formas assumidas pelo direito de responsabilidade, vem sendo submetido a repetidos bombardeios em uma batalha entabulada, por um lado, pelas estruturas dogmáticas do Direito e, de outro, por uma realidade social multiforme e hipercomplexa, à qual é

22 O princípio da precaução emerge, inicialmente, do problemático contexto social relacionado ao risco ecológico, especializando-se sob uma amplitude de aplicabilidade, como sua observação no risco sanitário ou na tutela do patrimônio cultural. A precaução distingue-se da ideia de prevenção. Ainda que a segunda permaneça como baliza decisória para níveis de observação de menor complexidade, a sociedade contemporânea passa a ser orientada desde a perspectiva do risco, emergindo a ideia de precaução justamente como uma estratégia possível para o tratamento da incerteza. O fato da precaução se afirmar como princípio jurídico evidencia um horizonte de possibilidades para o Direito. O risco biotecnológico é internalizado e operacionalizado juridicamente mediante precaução, sendo esta uma das formas pelas quais o Direito consegue observar a problemática da comunicação biotecnológica de risco e construir horizontes de futuro.

23 CARVALHO, Délon Winter. Ecologização do direito: racionalidade reflexiva e risco. In: SCHWARTZ, Germano. A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 87.

24 DE GIORGI, Raffaele. risco na sociedade contemporânea. Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 53.

somada a emergência de riscos de proporções desconhecidas²⁵ e a premente necessidade de sua tutela jurídica.

Oselementosdaresponsabilidadecivilsupramencionados encontram-se, pois, nitidamente enfraquecidos. Para ações plurais e difusas, o Direito responde com a necessidade de identificação de um agente específico ao qual seja possível a atribuição de determinada conduta. Para eventos hipercomplexos, transfronteiriços e transgeracionais, o direito de responsabilidade permanece agrilhado à comprovação da relação de causalidade entre ação e o factível dano. Sob uma evidente situação de emergência frente à proporção dos riscos suportados pela sociedade, o sistema jurídico aguarda impassível a ocorrência de danos.

Há, ao mesmo tempo, uma evidente timidez tanto no centro como na periferia do sistema jurídico²⁶ no que tange a mudanças paradigmáticas. A (r)evolução biotecnológica comporta inegáveis riscos, todavia, tais riscos não são mesuráveis imediatamente, tampouco passíveis de uma delimitação espacial/temporal, razão pela qual a comunicação biotecnológica reveste-se de uma notável complexidade. Essa complexidade é espelhada pela potencialização de situações de risco advindas da recursividade de suas operações, as quais vinculam o futuro de toda a humanidade.

A exemplo disso, evidencia-se que não são conhecidos quais os efeitos ao meio ambiente, a longo prazo, pelo cultivo de determinado OGM; não são passíveis de delimitação imediata os efeitos de determinado fármaco manipulado via técnicas de

25 A observação quanto ao desconhecimento das consequências de produtos gerados via técnicas de engenharia genética, bem como relacionadas ao caráter transfronteiriço do risco biotecnológico, vem sendo gradativamente assimilada pelos tribunais pátrios, conforme é possível observar no Conflito de Competência nº. 200400087164/RS, STJ, e no Recurso em Sentido Estrito nº. 200371040038925, TRF4.

26 É de ser evidenciado que os tribunais, para Luhmann, ocupam lugar central no sistema jurídico, transmutando-se a distinção entre legislação/jurisprudência para a forma centro/periferia. Vide LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, Porto Alegre, *Ajuris*, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 161-163.

engenharia genética; são desconhecidos os efeitos da utilização de combustíveis fabricados com técnicas biotecnológicas, etc. Isso sem se falar em toda a discussão que vem sendo entabulada na seara da propriedade intelectual referente ao patrimônio genético,²⁷ bem como toda uma rede de riscos econômicos, políticos, etc. Em suma, existem riscos de proporções desconhecidas, os quais o Direito tradicional é incapaz de gerenciar.

E esse é apenas um dos lados do problema. Por outro ângulo, existe uma séria dependência dessa mesma sociedade no que tange aos avanços biotecnológicos. Logo, uma gestão de risco com vistas a tais problemas deve levar em conta que a tarefa é extremamente complexa e, igualmente, paradoxal. Necessita-se, pois, equalizar-se desenvolvimento e proteção, convivendo, concomitantemente, com decisões e riscos. Ao que tudo indica, uma virada na tradicional consideração das formas de responsabilidade civil é um bom início na busca de possibilidades para tal problemática.

O direito de responsabilidade foi classicamente delimitado sob moldes causais extremamente simplificados. As potenciais situações conflitivas com as quais operava identificavam-se mediante arranjos intersubjetivos, na mera observação de um agente (A) e uma vítima (B), estabelecendo-se laços de responsabilidade entre ambos pelo factível dano que A impingia a B.²⁸ O dano suportado por A, relacionado com ligações causais à ação de B ensejaria a responsabilização civil pela simples observância dos clássicos critérios conduta-nexo-dano.

A responsabilidade civil tradicional pode ser observada simplesmente como uma estratégia jurídica para a gestão de perdas e danos correspondente a atividades potencialmente danosas. Assim, no que tange à atribuição de responsabilidade, o Direito opera basicamente mediante construções extremamente simplificadas: 1) a reparação dos prejuízos, o que teria lugar no caso de eventual

27 Vide SCHOLZE, Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia, p. 41-66.

28 BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 3, n. 9, jan./mar. 1998. p. 19.

dano biotecnológico, suportando o causador do dano os custos de reparação independentemente de culpa; 2) a não reparação da vítima, sendo por ela suportados os custos de reparação, o que ocorre, por exemplo, quando não são verificados os requisitos da conexão causal ou não é possível a identificação do autor do dano; 3) a repartição do dano entre agente e vítima no caso, por exemplo, de culpa concorrente.²⁹

A insuficiência de tal construção é nitidamente visível quando se observam problemas como os anteriormente narrados. Pode-se afirmar que os desafios trazidos pela biotecnologia estão em fase de desenvolvimento. Diferentemente de determinados problemas ambientais já visíveis ou potencialmente identificáveis, como a destruição de florestas, alterações climáticas, processos de desertificação de grandes regiões, escassez de recursos hídricos, etc, as consequências da biotecnologia ainda não são nitidamente contornáveis.

Há uma premente necessidade de ser superada a concepção moderna da teoria do risco concreto em direção a uma teoria do risco abstrato. Paradoxalmente, apesar do Direito estabelecer níveis de comunicação sobre o risco, sua operacionalidade permanece centrada na ocorrência fática do dano, não se amoldando à arriscada realidade aposta pelos inéditos desenvolvimentos biotecnológicos.³⁰

Vale salientar que existe normatização específica voltada à responsabilização decorrente das práticas genéticas. A biotecnologia conta com instrumentos destinados à responsabilização por danos decorrentes de suas práticas.³¹ Todavia, a construção jurídica disponível permanece atrelada à existência de um dano, bem como a um sujeito potencialmente identificável como autor e laços de causalidade entre ação e dano. Conforme se observará adiante, a normatização limita-se à atribuição de responsabilidade objetiva e

29 BENJAMIN, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, p. 17.

30 CARVALHO, Déltton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 134-135. Ainda que se refira aos problemas ambientais *latu sensu*.

31 Vide artigo 20 da Lei nº. 11.105/05.

solidária aos eventuais causadores do dano decorrente de práticas genéticas, não tematizando a problemática do risco.

Problemas complexos requerem soluções igualmente complexas. O nível de sofisticação que os problemas biotecnológicos apresentam não mais são passíveis de convivência com formas de responsabilidade amoldadas mediante arranjos causais, ou, na sua simples atribuição por dano. Há uma premente necessidade de mudança em tal paradigma, tendo em vista que o eventual dano a ser suportado é tudo aquilo que se busca evitar. Urgente, pois, a reconstrução de critérios de responsabilidade por risco.

Alternativa interessante traz Carvalho, quando, na seara ambiental, constrói novos critérios de responsabilidade sob a observação de que o risco distingue-se lítica/ilicitamente. A responsabilização, portanto, deve observar a probabilidade de ocorrência futura do evento, o que se daria por meio de estudos específicos levados a efeito por maiores interações entre o sistema científico e o Direito, buscando-se a construção de limites de tolerabilidade por meio de critérios que permitam observar a ocorrência dos riscos biotecnológicos mediante a distinção probabilidade/improbabilidade. Um segundo requisito seria a consideração da magnitude do risco, a qual os tribunais necessariamente deveriam levar em conta para a responsabilização sem dano.³²

Ainda que notório, é relevante destacar que a esmagadora maioria das construções voltadas à mudança nas estruturas dogmáticas do direito de responsabilidade relaciona-se com problemas inéditos, principalmente problemas ambientais, âmbito comunicativo com o qual as práticas biotecnológicas relacionam-se diretamente. Isso conduz a certa simetria entre construções jurídicas voltadas à gestão de risco ambiental e à gestão de risco biotecnológico. Por isso, preceitos como a aplicação do

32 CARVALHO, Dano ambiental futuro, p. 153-154.

princípio da precaução e a viabilização de novos horizontes para o direito de responsabilidade em muito se comunicam com questões e construções jurídico-ambientais.

No entanto, não obstante a existência de numerosos pontos de contato entre esses dois âmbitos comunicativos, a biotecnologia distingue-se frontalmente da comunicação ambiental em determinados aspectos, sendo possível diferenciá-las sob algumas situações: primeiro, o risco ambiental decorrente das práticas de manipulação genérica é uma das formas secundárias possíveis que a biotecnologia assume, não podendo ser confundida com uma forma ecológica, mas tão somente como um lado da distinção que especifica as biotécnicas diante da natureza e que potencializa os desafios de outros discursos sociais, como o ecológico.³³ Em outras palavras, a biotecnologia assume a forma ecológica apenas quando por esta é observada.

Segundo, como consequência da observação anterior, ainda que a ecologia seja tematizada sistemicamente,³⁴ a biotecnologia reveste-se em uma forma comunicativa própria da sociedade, ela inexistente fora das fronteiras do sistema social; logo, o meio ambiente existe em um meio extracomunicacional; sua tematização comunicativa possibilita construções voltadas à sua observação pela sociedade, todavia, é inegável que a natureza exista em um âmbito não especificado comunicativamente.

Já a biotecnologia é uma forma eminentemente social, sendo que sua recursividade comunicativa é condição para a própria existência e manutenção dessa forma evolutiva derivada da técnica e da biologia, não subsistindo fora das fronteiras da sociedade. Isso importa na consideração de que quando se fala em natureza, meio ambiente, etc., se

33 Conforme a já mencionada distinção de Luhmann entre técnica e natureza exposta em LUHMANN, Sociología del riesgo, p. 63.

34 Sobre as características de uma chamada comunicação ecológica, ver LUHMANN, Niklas. Ecological communication. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

assume a possibilidade de que, além dos riscos socialmente produzidos, existam igualmente perigos aos quais não é possível qualquer controle ou determinação. Já no caso da biotecnologia, apenas é possível falar em riscos, eis que tais desenvolvimentos – como comunicações –, ocorrem sempre e tão somente no interior do sistema social.

Em terceiro lugar, os problemas ambientais promovem, reflexivamente, ressonâncias na sociedade precisamente em decorrência dos riscos aos quais o meio ambiente é submetido, já a comunicação biotecnológica não se refere a um contexto extrassistêmico, mas, sim, sua comunicação é o próprio âmbito de operações nos quais deverão incidir regras de uniformização. Dessa maneira, a incidência de uma possível responsabilidade biotecnológica apenas é possível quando isolada sua aplicação em um âmbito específico de operações, ainda que isso venha a importar na própria possibilidade de diferenciação interna do Direito³⁵ em limites jurídico-comunicativos capazes de responder a tal problemática.

Poder-se-ia, ainda, anotar uma quarta situação. A biotecnologia encontra lugar privilegiado para a exponenciação de seus riscos no interior de organizações formais. Diferentemente das questões ambientais, nas quais o risco ecológico encontra um amplo aspecto

35 Assim como o sistema social (comunicação) diferencia-se de seu ambiente (não-comunicação), tal diferenciação ocorre no próprio âmbito interno da sociedade com a intermediação do conceito de sentido. Cada comunicação, dessa maneira, adquire um sentido próprio que passa a reacionar binariamente (sim/não) frente aos influxos de seu meio externo. ROCHA, Leonel Severo. Apresentação. In: CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. XI-XIII. O mesmo ocorre no interior dos sistemas funcionais da sociedade. Nesse aspecto é possível visualizar o próprio fenômeno da diferenciação funcional no interior do sistema jurídico, como pela existência de ramos comunicativos específicos, como direito civil, direito penal, direito ambiental, direito de família, direito eleitoral, e assim por diante. Embora extremamente provocativa, a observação de uma eventual diferenciação funcional jurídica hábil a observar os riscos da biotecnologia não será realizada no presente trabalho.

de desenvolvimento em situações extraorganizacionais e ações individuais, a biotecnologia depende enormemente de práticas decisório-organizacionais para seu desenvolvimento. As atividades biotecnológicas revestem-se na forma de um problema no qual há a necessidade de observar os limites de tais práticas, bem como os limites de sua regulamentação. São necessárias formas de regulamentação capazes de assegurar os benefícios e evitar/minimizar os danos.³⁶

Quando se fala em responsabilização por risco, um ponto extremamente relevante e controverso cinge-se à possibilidade de responsabilidade sem dano. Essa construção vem sendo delineada sucessivamente junto à comunicação ambiental e pode ser aproveitada incondicionalmente no contexto sistêmico-biotecnológico. Nesse aspecto, sempre que as operações biotecnológicas causarem dano ou produzirem riscos intoleráveis haveria a incidência da responsabilização civil.³⁷

Enquanto a tradicional imputação de responsabilidade decorrente das práticas genéticas permanece dependente do tríptico conduta-dano-nexo causal, uma observação que considere as características da sociedade diferenciada deve partir da consideração de que o factível dano é tudo aquilo que se busca evitar. Daí a necessidade de maiores interações (acoplamentos) entre Direito e Ciência, por exemplo, para a delimitação da forma probabilidade/improbabilidade de ocorrência do fato danoso e, com base nessa delimitação, o estabelecimento da responsabilidade por risco.

Nesse aspecto, Carvalho³⁸ salienta que o exercício de determinados direitos é restringido justamente pela demonstração de sua probabilidade lesiva. Logo, a verificação de situações, nas práticas biotecnológicas, nas quais seja possível verificar a alta probabilidade de ocorrência, por

36 MANTOVANI, Fernando. Sobre o genoma humano e manipulações genéticas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). Biotecnologia, direito e bioética. Belo Horizonte: PUC Minas/Del Rey, 2002. p. 158.

37 CARVALHO, Dano ambiental futuro, p. 146-147.

38 CARVALHO, Dano ambiental futuro, p. 150.

si só já ensinaria o dever indenizatório. Uma construção como essa evidencia a capacidade de resposta do Direito à necessidade de uma tutela preventiva frente aos avanços das biotécnicas, espelhando a capacidade jurídica em delimitar seu ambiente a partir de seu próprio fechamento.

O dano, porém, é um dos elementos da responsabilidade civil a ser repensado frente à problemática das biotecnologias. Outro problema de saliência afigura-se na forma dos demais elementos do tradicional direito de responsabilidade. Fala-se, portanto, no problema da identificação dos sujeitos aos quais será atribuída a responsabilidade por risco, bem como na questão da relação de causalidade, elementos que, em situações arriscadas ou de dano a longo prazo, tornam-se enormemente problemáticos.

Pense-se no desenvolvimento das biotecnologias: há uma incrível multiplicidade de organizações voltadas a tais práticas. No caso da delimitação de alta probabilidade de ocorrência de dano por determinada prática genética ou por um conjunto de práticas, tendo em vista que tais desenvolvimentos estendem-se e são compartilhados por um elevado número de organizações formais, como imputar responsabilidade? Ainda, nos casos de danos já verificados, como identificar culpados se, em tais práticas concorrem simultaneamente um diversificado complexo comunicativo-decisional?

A responsabilidade civil, desse modo, adquire um *status* particularmente relevante quando passa a ser observada como uma estratégia jurídica capaz de integrar a multiplicidade de discursos sociais, desencadeando, ao mesmo tempo, processos coevolutivos entre diversas racionalidades sistêmicas concorrentes. Nesse sentido, essa função integrativa da responsabilidade civil é capaz de estabelecer um sentido comum à comunicação biotecnológica, orientando discursos como a Economia e a Política a partir de uma perspectiva ambiental/biotecnológica. Vale ressaltar, contudo, que esse

sentido comum não pressupõe iguais operações por sistemas diversos, mas sim perturbações com um mesmo sentido de responsabilidade/proteção, as quais serão assimiladas conforme a binariedade própria de cada sistema funcional.³⁹

As características da sociedade diferenciada, ao mesmo tempo em que proporcionam grandes desafios para o Direito, possibilitam que esse mesmo sistema jurídico reacione frente a tais problemas. Sendo assim, essa revisão dos pressupostos do direito de responsabilidade, aliado a atitudes preventivas, soma-se à necessidade de construções plurais e que observem simultaneamente uma incrível quantidade de racionalidades concorrentes. Observações dessa magnitude tornam-se possíveis quando o Direito passa a ser visto na forma de um sistema autopoietico, no qual há uma permanente vinculação entre passado e futuro,⁴⁰ redundância e variedade,⁴¹ abertura e fechamento.⁴²

Um Direito autopoietico viabiliza construções nesses moldes, possibilitando a gestão jurídica do risco biotecnológico pelo estabelecimento de níveis de responsabilidade coletiva, direcionada não apenas à mera atribuição da reparação pelo dano ou pelo risco, mas igualmente, por uma possibilidade de autogerenciamento de riscos com base em preceitos sistêmico-organizacionais. Em outras palavras, sugere-se a possibilidade de que o risco biotecnológico seja gerenciado, concomitantemente, pelas próprias configurações sociais que os geram/exponenciam, equacionando, dessa forma, o problemático paradoxo do desenvolvimento.

39 CARVALHO, Dano ambiental futuro, p. 78-79.

40 ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica e democracia. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 198-199.

41 LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 78-79.

42 LUHMANN, Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas, p. 51: "Acoplamento através de input/output, isto é, por meio de resultados específicos, é fácil de entender. Mas o acoplamento por fechamento, através da pura circularidade interna, ou ainda, acoplamento por meio de desacoplamento das operações internas? Aqui se mostra, numa forma ainda não completamente amadurecida, uma nova ideia que nos leva ao núcleo da inovação teórica".

Considerações finais

As mudanças que ocorrem no sistema social são irreversíveis, vinculando toda a existência humana e as posteriores comunicações produzidas pela sociedade. Qualquer alteração social transforma esse mesmo sistema em algo que ele nunca foi e jamais tornará a ser. O sistema social, por isso, não pode ser descrito como um dado estático, no sentido vertical de que *a sociedade é*, sendo possíveis tão somente descrições que se limitam a estabelecer *como a sociedade é em um dado momento*. Após cada inovação biotecnológica, o sistema social é incapaz de retornar a suas formas anteriores, sendo unicamente capaz de construir critérios para gerir os novos problemas trazidos por suas próprias construções.

A biotecnologia traz consigo grandes benefícios, porém, por se tratar de uma forma comunicativa socialmente produzida, depende intrinsecamente de processos decisórios para sua existência e, por isso, concomitantemente à produção de certo sentido biotecnológico, potencializam-se incontáveis possibilidades/necessidades nesse mesmo sistema social – jurídicas, econômicas, científicas, sanitárias, etc. –, bem como é produzida uma enorme carga de riscos a serem suportados, reflexivamente, pelo próprio sistema.

A tradicional estrutura jurídica, contudo, destoa frontalmente das características contemporâneas do risco. A biotecnologia promove abissais mudanças sociais, delimitando, em seus processos decisórios grande parte das futuras observações possíveis sobre essa mesma sociedade. Os riscos das decisões biotecnológicas são, por isso, igualmente potencializados. Por sua vez, o risco espelha situações sob as quais não é possível qualquer controle ou determinação, eis que, em sua forma contemporânea, é distinguido pelas suas características de globalidade, invisibilidade, atemporalidade e transterritorialidade.

Em decorrência dessas características, o direito de responsabilidade assumiria, frente ao risco

biotecnológico, uma forma marcadamente preventiva. Nesse contexto, uma realidade passível de construção seria a complexificação do Direito pela construção de critérios para a incidência de responsabilidade por risco decorrente das práticas biotecnológicas. Tal feito viabilizaria um início para a equalização do paradoxo do desenvolvimento/sustentabilidade, viabilizando, concomitantemente, a evolução biotecnológica e a observância jurídica de seus riscos.

Isso equivaleria dizer que determinadas condutas poderiam ser responsabilizadas pelo simples fato de oferecerem riscos à sociedade, cuja tolerância poderia ser estabelecida com base no levantamento de critérios fundados na distinção probabilidade/improbabilidade. Uma teoria assim, contudo, dependeria do estabelecimento de maiores iterações entre os sistemas jurídico e científico visando à construção de critérios probabilísticos hábeis à delimitação da aceitação/rejeição social do risco biotecnológico, bem como de sua incorporação no âmbito interno das organizações formais responsáveis pelo desenvolvimento de tais técnicas.

Referências

ARRUDA, José Robson de Andrade. **A revolução industrial**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 3, n. 9, jan./mar. 1998. p. 5-52.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. Ecologização do direito: racionalidade reflexiva e risco. In: SCHWARTZ, Germano. **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 75-89.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAIN, P. S. G. et al. Genome project standards in a new era of sequencing. **Science**. v. 326, 9 out. 2009. p. 236-237.

DE GIORGI, Raffaele. risco na sociedade contemporânea. **Sequência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 45-54.

HOBSBAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003;

KREUZEN, Helen; MASSEY, Adrienne. **Engenharia genética e biotecnologia**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 149-168.

_____. Conhecimento como construção In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 92-111.

_____. **Ecological communication**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

_____. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/ Herder Editorial, 2006.

_____. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005. p. 69-85.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/ Iteso/Anthropos, 1996.

_____. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 19-59.

_____. **Sociología del riesgo**. México: Triana Editores, 1998.

MALAJOVICH, Maria Antonia. **Biotecnologia**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2004.

MANTOVANI, Fernando. Sobre o genoma humano e manipulações genéticas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). **Biotecnologia, direito e bioética**. Belo Horizonte: PUC Minas/Del Rey, 2002. p. 156-165.

ROCHA, Leonel Severo. Apresentação. In: CARVALHO, Délon Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. XI-XX.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 185-201.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. **Cadernos de Ciência & Tecnologia**, Brasília, DF, v. 15, n. especial, 1998. p. 41-66.

SCHULZ, Peter Alexander. **De volta para o futuro: os precursores da nanotecnociência**. Cadernos IHU idéias, São Leopoldo, n. 95, jan. 2008.

A implantação de políticas públicas voltadas para a educação: uma preocupação com o consumismo infantil

Jorge Renato dos Reis¹

Rogério da Silva²

Introdução

O artigo tem por proposição demonstrar que o tema educação no quadro das políticas públicas deve se voltar para o consumo infanto-juvenil, já que se acredita no processo do fazer educacional direcionado à cidadania, à participação política, à cultura, ao educar para vida presente e futura. O cenário atual exige uma formação mais completa direcionada para o dia a dia, e a educação deve integrar um conjunto de políticas públicas e sociais, pois é fato que ela tem um papel de destaque no cenário político brasileiro. Isso pode ser verificado no discurso e nas propostas que revelam a intenção de garantir educação para todos. No entanto, o que se observa na prática em relação aos compromissos firmados na Constituição Federal de 1988 é: erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho

1 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC.

2 Doutorando em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc. Endereço Eletrônico: jrogeriosilva@terra.com.br.

e promoção humanística, científica e tecnológica. Ainda há muito “que fazer”, como diria Freire.

Assim, cumpre refletir sobre as atribuições dos poderes públicos, responsáveis pelos acordos entre os diferentes atores envolvidos com a questão educacional, no sentido de garantir que políticas educacionais sejam de longo prazo, favorecendo sua continuidade. Cabe ainda aos poderes públicos a estabilidade do sistema educativo, proporcionando o estabelecimento de parcerias e encorajamento de inovações educativas. Pensar em uma pedagogia do cotidiano de consumo é refletir sobre o amadurecimento democrático da sociedade.

Os reflexos da sociedade de consumo

Ao ser incluído na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, o legislador fez a opção clara de estabelecer a proteção dos consumidores como direito fundamental. Trata-se de colocar o aparato estatal na defesa do elo vulnerável da relação. Vulnerabilidade esta que pode se manifestar com relação ao aspecto técnico, jurídico, fático ou ainda informacional.

Esta proteção passa a ter regras claras a partir da entrada em vigor, em 11 de março de 1991, do Código brasileiro de defesa do consumidor, um microsistema considerado um dos mais modernos do mundo e que faz uma revolução na relação entre consumidores e fornecedores no Brasil. Trata-se de lei principiológica, que não se preocupa com os detalhes, mas estabelece regramentos que devem ser observados tanto por fornecedores quanto consumidores, quando estabelecida a relação.

Em vigor há mais de duas décadas, e com alterações neste período insignificantes, o Código de Defesa do Consumidor ainda tem etapas que precisam ser superadas

e que ganham maior relevância a partir das profundas modificações que ocorreram no mercado de consumo. A abertura da economia do país, o avanço da globalização e o surgimento do comércio eletrônico podem ser apontados como novos desafios na proteção aos consumidores. Estes instrumentos fizeram com que surgissem modernas práticas de consumo, o que reforça a necessidade da implantação de políticas públicas de educação para o consumo, principalmente voltadas à proteção dos chamados hipervulneráveis. Estão nesta classificação denominada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, crianças e idosos, que compõem os dois extremos do mercado de consumo e que, portanto, merecem um tratamento especial para que tenham preservados os seus direitos.

A partir de meados do século passado, o Brasil passa definitivamente a fazer parte da chamada sociedade de consumo. Entende-se por sociedade de consumo aquela em que, tendo como regra as relações econômicas capitalistas, estão presentes pelo menos cinco características, conforme o entendimento de Marcelo Gomes Sodré:

(i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor. (2007, p. 25).

Muitas destas práticas foram sendo ampliadas nos últimos anos e passaram a fazer parte da vida dos 40 milhões de brasileiros, os quais ingressaram na chamada classe C, no período entre 2002 a 2011. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), outros 13 milhões devem entrar nesta mesma categoria até 2014, contribuindo assim para que o país tenha uma população na classe C de 118 milhões de pessoas.

O acesso ao mercado de consumo acaba por criar um verdadeiro deslumbramento, o que compromete ainda mais a já frágil capacidade do planeta. É preciso então distinguir o que é consumo do que é consumismo, pois este pode tornar as pessoas escravas de um modelo que privilegia a produção descartável, comprometendo não só a saúde financeira, mas também a sustentabilidade.

É nesta ótica que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman alerta:

A economia consumista se alimenta do movimento das mercadorias e é considerada em alta quando o dinheiro mais muda de mãos; e sempre que isso acontece, alguns produtos de consumo estão viajando para o depósito de lixo. Numa sociedade de consumidores, de maneira correspondente, a busca da felicidade – o propósito mais invocado e usado com isca nas campanhas de marketing destinadas a reforçar a disposição dos consumidores para se separarem de seu dinheiro (ganho ou que espera ganhar) – tende a ser redirecionada do fazer ou de sua apropriação (sem mencionar seu armazenamento) para sua remoção – exatamente do que se precisa para fazer crescer o PIB. (2010, p. 52).

O consumismo amparado por campanhas de publicidade com alto grau de sofisticação faz surgir a cultura do descartável, a durabilidade não é mais um componente que faça parte da qualidade, novos produtos e serviços são apresentados numa velocidade impressionante. O novo vira ultrapassado em poucas semanas e o destino são os aterros sanitários. O desejo também precisa ser estimulado e o tempo para alcançá-lo, necessariamente, terá que ser reduzido.

É neste contexto de redução da vida útil dos produtos e do desejo de aquisição de novos modelos que ficam bem caracterizados dois elementos da chamada sociedade de consumo. O primeiro deles é a publicidade, com seu alto grau de profissionalismo e a utilização de técnicas como *neuromarketing*, um campo novo que estuda o

comportamento dos consumidores, buscando compreender os desejos, os impulsos e as motivações que levam as pessoas adquirirem produtos e serviços. O segundo elemento é o crédito de massa oferecido em grande quantidade para atender aos desejos criados a partir da publicidade.

Neste sentido Pascal Bruckner:

O que é o crédito senão uma maneira nova de satisfação do desejo que prova um curto-circuito tempo? Antigamente, quando pretendíamos qualquer coisa, era preciso esperar. Submetíamos-nos a uma espécie de ascese temporal. O crédito permitiu fazer desaparecer o intervalo entre o desejo e a sua satisfação. (1996, p. 56).

O modelo mais moderno de utilização do crédito para reduzir o tempo entre o desejo e a satisfação é o dinheiro de plástico, como é chamado o cartão de crédito, modalidade esta também fruto da sociedade de massa. Dentro deste novo padrão de consumidores, existem os que são considerados por Bauman um desafio aos operadores de *marketing*:

As pessoas que se recusam a gastar um dinheiro que ainda não ganharam, abstendo-se de pedi-lo emprestado, não têm utilidade alguma para os emprestadores, assim como as pessoas que (levadas pela prudência ou por uma honra hoje fora de moda) se esforçam para pagar seus débitos nos prazos estabelecidos. Para garantir seu lucro, assim como o de seus acionistas, bancos e empresas de cartão de crédito contam mais com o *serviço* continuado das dívidas do que com seu pronto pagamento. Para eles, o *devedor ideal* é aquele que jamais paga integralmente suas dívidas. (2010, p.15; grifos do autor).

Na sociedade de consumo, em que tudo tem preço e os valores éticos e ambientais são deixados de lado em nome do lucro, Michael J. Sandel faz um alerta:

[...] sem que nos déssemos conta, sem mesmo chegar a tomar uma decisão a respeito, fomos resvalando da situação de ter uma economia de mercado para a de ser uma sociedade de mercado. A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta - valiosa e eficaz - de organização de uma

atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformadas à imagem do mercado. (2012, p. 16)

Nessa linha de raciocínio, as reflexões sobre o consumismo se inserem na necessidade de criar mecanismos de informação e educação que envolvam crianças e adolescentes, visando abordar temas que possam conduzi-los a referências corretas que sirvam de guias para essa nova realidade, levando em consideração também a sustentabilidade.

A vulnerabilidade do consumidor criança

Na sociedade de consumo os classificados como hipervulneráveis merecem tratamento especial. Aqui o trabalho vai se ocupar com a proteção das crianças, que se encontra fundamento no artigo 227³, da Constituição Federal.

Conforme já descrito, uma das características da sociedade de massa é a realização da publicidade em grande escala, buscando com isto criar desejos e atingir o maior número de consumidores possíveis.

É inegável que as crianças e os adolescentes possuem um poder de influência significativo na escolha de produtos e serviços por parte das famílias brasileiras, foi o que revelou pesquisa realizada em 2003, pelo Instituto TNS/InterScience: “as crianças brasileiras influenciam 80% das decisões de compra de uma família”. (PORTAL ECOD, 2012, s/p).

3 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2009, p. 133).

Este poder na hora da concretização das escolhas se contrasta com a vulnerabilidade da criança diante dos métodos que são adotados pelos fornecedores, que se utilizam de técnicas de *marketing* para atrair esta importante parcela de consumidores. Para Bruno Miragem:

[...] se os apelos de marketing são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio de vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. (2008, p. 65)

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o oferecimento de produtos e serviços deve respeitar a condição de pessoas em desenvolvimento, deixando clara a necessidade de proteção pelo fato de não possuírem a maturidade adulta para a tomada de decisões e os consequentes reflexos que são impostos e que se estabelecem quando da contratação de um produto ou serviço, conforme seu artigo 71⁴.

Por sua vez, o artigo 76⁵ do referido Estatuto dispõe as normas que deveriam ser observadas pelas emissoras de rádio e televisão, com relação à programação que é disponibilizada, principalmente levando-se em conta que, conforme os dados do Painel Nacional de Televisores do Ibope (2007), as crianças brasileiras, entre 4 e 11 anos, passam, em média, 5 horas por dia em frente à TV. Isto é sem dúvida muito mais tempo do que permanecem na escola (ESPECIALISTAS..., 2012, s/p).

4 Art. 71. A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. (BRASIL, 2006, p. 23).

5 Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. (BRASIL, 2006, p. 24).

A condição agravada de vulnerável da criança e do adolescente mereceu tratamento específico do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a publicidade que vise se aproveitar da deficiência de julgamento da criança, conforme está disposto em seu artigo 37, § 2º, podendo inclusive ensejar ao infrator a imposição das sanções cabíveis quer no âmbito administrativo, quer no jurídico.

Embora o CDC tenha uma norma bem clara com relação à coibição da publicidade abusiva destina ao público infanto-juvenil, ele não impede a necessidade da existência de um controle maior por parte dos órgãos do Estado e também a discussão com relação à proibição da publicidade direcionada à criança, como ocorre em outros países. O projeto de Lei nº 5.921 tramita na Câmara Federal desde 2001, passando por diversas comissões, mas sem previsão ainda de ser votado.

Pode-se dizer em relação ao referido projeto que há um movimento contrário por parte do setor empresarial e talvez uma das formas de aprová-lo seria criar políticas públicas de educação para o consumo, com base no princípio do melhor interesse da criança e dos adolescentes, como determina o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual já completou 22 anos.

Políticas públicas de educação para o consumo

Diante da condição de sujeito vulnerável na relação jurídica de consumo, fica evidente a necessidade de que seja incentivada a implementação da educação para o consumo, condição esta que é reforçada a partir do surgimento das novas práticas de consumo que adotam a tecnologia e investem cada vez mais em um atendimento não presencial, ou seja, na impessoalidade. Não são raras

as vezes em que a contratação é feita por meio de sistemas eletrônicos, desaparecendo o contato humano.

É preciso levar em consideração a Resolução nº 39/49, de 10-4-1985, das Nações Unidas com relação à proteção do consumidor, que estabeleceu uma política geral de proteção destinada aos Estados filiados. A resolução reconhece a situação de desequilíbrio enfrentada pelos consumidores em função da sua capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. O item 32⁶ estabelece: “A educação do consumidor deve, quando apropriada, fazer parte integral do currículo básico do sistema educacional, e de preferência inserido dentro de uma matéria já existente.” (FILOMENO, 2005, p. 704).

Na mesma linha da Resolução da ONU, o Código de Defesa do Consumidor, no capítulo que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, no art. 4º IV, estabelece a educação e a informação de fornecedores e consumidores, no que diz respeito aos seus direitos e aos deveres, com vistas à melhoria das relações no mercado de consumo. Pode-se se dizer que, no Brasil, o tema educação para o consumo ainda é pouco trabalhado, raras são as escolas que conseguem desenvolver o tema de forma transversal em sua grade curricular. Pode-se afirmar, ainda, que um dos motivos da não inserção da proteção aos consumidores é também a falta de preparação dos professores, que já possuem uma sobrecarga de atividades, não encontrando

6 33. Os programas de informação e educação para o consumidor devem incluir aspectos importantes da proteção ao consumidor tais como:

- a) saúde, nutrição, prevenção das doenças contraídas através de alimentos e de adulteração dos alimentos;
- b) possíveis riscos nos produtos;
- c) rotulagem de produtos;
- d) legislação pertinente, como obter ressarcimento, agências e organizações de proteção ao consumidor;
- e) informação sobre pesos e medidas, preços, qualidade, condições de crédito e disponibilidade dos produtos básicos;
- f) quando apropriado, poluição e meio ambiente.

espaço para se dedicar a mais este assunto que envolve a cidadania.

Sergio Cavalieri Filho diz que a educação envolve os aspectos formal e informal:

No primeiro caso, desenvolve-se através de políticas de inserção de temas relacionados ao direito do consumidor nos currículos escolares, desde o ensino fundamental, em escolas públicas e privadas, bem assim na cadeira de Direito do Consumidor, com autonomia científica e pedagógica, nos cursos universitários, constituindo num caso ou noutro, importante ferramenta na construção de cidadania e na formação de indivíduos conscientes [...]. No segundo, através das mídias de comunicação social e/ou institucional, bem assim dos veículos de comunicação em massa, direcionados a um público geral ou específico, com o objetivo de prestar informações, orientações e /ou esclarecimentos aos consumidores. (2012, p. 86)

Em relação ao assunto políticas públicas de educação para o consumo, é pertinente destacar que os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), desde sua publicação em 1996, na introdução, segunda parte, tratam dos temas transversais inserindo o trabalho e o consumo, elencando uma abordagem de questões sociais urgentes.

Observe-se que:

A finalidade deste tema é indicar como a educação escolar poderá contribuir para que os alunos aprendam conteúdos significativos e desenvolvam as capacidades necessárias para atuar como cidadãos, nas relações de trabalho e consumo. Os dilemas, incertezas e transformações do mundo do trabalho, a desigualdade de acesso a bens e serviços e o consumismo fazem parte do cotidiano escolar. De forma implícita ou explícita, as práticas escolares são permeadas por concepções, posicionamentos e valores sobre o trabalho e o consumo. Todos trazem imagens já construídas de valorização de profissões e tipos de trabalho, assim como sua tradução na posse ou não de objetos, de “marcas” com alto valor simbólico. São questões que permeiam a dinâmica escolar, interferindo diretamente no ensino e na aprendizagem dos alunos. Crianças e adolescentes vivem a expectativa sobre a futura - ou a presente - inserção no mundo do trabalho, assim como os dilemas frente aos apelos

para o consumo de produtos valorizados por seu grupo etário. Se não são todos os que já participam de alguma forma do mercado de trabalho ou têm um lugar no trabalho doméstico, todos refletem, em sua atuação escolar, a situação de trabalho e emprego das famílias, a luta cotidiana para conquistar o direito de usufruir de bens e serviços produzidos socialmente. (BRASIL, PCNs, 1998, p. 68)

Partindo de uma situação heterônoma, é direito de crianças e adolescentes alcançar a autonomia pessoal, tornando-se um cidadão consciente, crítico, que entende a sua história pessoal e a do seu país.

Argumenta-se nesse sentido que é preocupação dos órgãos de defesa do consumidor tanto a educação para o consumo como alertar para as diferentes relações estratégicas que despertam em crianças e jovens a necessidade de consumo de forma exacerbada. A propósito, Catarina Iavelberg comenta que:

A oferta de bens de vestuário a que crianças e adolescentes estão expostos preocupa pais e educadores. A moda invade os muros da escola: meninas usam maquiagem, sandálias de salto alto, shorts curtos, blusas decotadas e sutiãs coloridos, enquanto os garotos vestem calças abaixo da cintura e deixam a cueca à mostra. A vontade de muitos é poder transitar no pátio com roupas e calçados do momento tendo em mãos um celular de última geração. Há décadas, a cultura de massa estimula padrões de comportamento e consumo nos adolescentes e jovens. As crianças também são alvo daquilo que o filósofo e sociólogo alemão Theodor Adorno (1903-1969) nomeou de indústria cultural. Infelizmente, em grande parte das instituições, o modo de se vestir é determinante para a aceitação no grupo. Para muitos, a escola representa o principal lugar de reconhecimento - é lá que eles desenvolvem as relações interpessoais e buscam projeção social. (2012, s/p.)

De acordo Iavelberg, entre os adolescentes e mais recentemente também entre as crianças já se observa uma visão etnocêntrica em relação ao consumo, pois muitas vezes a roupa de marca, o tênis da moda e o brinquedo são entendidos como passaportes para aceitação em um grupo

para receberem convites para festas. Enfim, o consumo está vinculado à aceitação, a ser igual ao outro para ser respeitado, para ser parte.

Explica Iavelberg que:

[...] Sem nenhum constrangimento, eles procuram usar os artigos que supostamente permitirão que façam parte da turma e sejam felizes. As famílias - inclusive as menos favorecidas financeiramente - se veem reféns dessas demandas e muitas vezes se submetem a elas, pois temem que os filhos sofram se as mesmas não forem atendidas. Diferentemente do que se possa imaginar, a posse desses produtos restringe mais do que amplia a qualidade das relações [...]. A escola deve ajudá-los - assim como à família - a entender a dinâmica do consumo a que estamos submetidos e indicar caminhos possíveis para combater a lógica do é preciso ter para ser. Isso pode ser feito por meio de ações curriculares coordenadas em que sejam problematizados os meios de comunicação de massa, a interferência da publicidade em nossa vida e o modo como os aspectos sociais e econômicos afetam o cotidiano. Além de conhecer a realidade, os jovens devem aprender a questioná-la e transformá-la. É se colocando como lugar de conhecimento, de criação e de troca de experiências que a escola desconstruirá essa inversão de valores e marcará a sua importância na sociedade como um espaço que promove o desenvolvimento e a capacidade de reflexão. (2012, s/p.)

Acompanhando esta realidade, a Fundação Procon de São Paulo entende que os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor têm por obrigação a promoção da educação para o consumo. E não se trata apenas de uma obrigação legal, já que os conflitos gerados pelo consumismo podem ser minimizados à medida que políticas públicas viabilizem mecanismos para conscientizar os consumidores sobre seus direitos e deveres, investindo na promoção da educação para o consumo, o que envolve capacitação dos educadores e dos multiplicadores do conhecimento. Publicações em linguagem acessível, oportunizar as legislações sobre os mais variados temas de consumo; promoção de palestras gratuitas; participação

de eventos populares, atividades lúdicas com crianças, adolescentes e idosos, dentre outras propostas, podem ser subsidiadas por meio de parcerias público e privada (FUNDAÇÃO PROCON, 2012, p. 2.008).

Como demonstrado, há possibilidade da inserção do tema consumidor de forma transversal em qualquer disciplina, o que permite não somente o cumprimento das diretrizes oficiais em relação à educação como também oportuniza o desenvolvimento de uma reflexão das situações cotidianas que estimulam crianças e adolescentes a se tornarem consumidores contumazes em nome de uma ideologia da aparência, de uma hiperestimulação à compra, contribuindo para gerar desigualdades.

Conclusão

A educação para o consumo é dever do poder público, mas também se faz imprescindível à participação dos professores, da família e da sociedade, os quais precisam se mobilizar para propor ações relacionadas ao aprimoramento das políticas públicas direcionadas para este fim. Caso contrário as ações educacionais do poder público continuarão centradas em uma política de prestação de serviços, em que é propiciado o espaço de convívio social e não a aprendizagem reflexiva e crítica, ou centrada em programas governamentais que não contempla “o todo” ou “a todos”. A educação deve também servir de meio e forma para transformações sociais, mas se deve ter consciência da sua indevida utilização como meio de reprodução de ideologias dominantes. Cabe destacar a influência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) nas ações cotidianas de quem trabalha com a educação, dentre seus objetivos constam a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do

ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública; e democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar em conselhos escolares ou equivalentes.

Entende-se por políticas públicas tudo o que o governo implementa para todos. O que se observa na sociedade é que grande parcela da população encontra-se excluída, pois não possui acesso e muitas vezes nem conhecimento sobre seus direitos para usufruir das condições mínimas de vida. Além do que se verifica que os problemas educacionais para serem solucionados adequadamente necessitam da participação dos vários agentes envolvidos direta ou indiretamente com o ensino. Portanto, somente com a mobilização da comunidade escolar e da sociedade é que se vislumbra a possibilidade da construção de diferentes perspectivas e novos olhares para problemas já antigos, como a informação e o conhecimento sobre o consumismo exagerado que já atinge a população infanto-juvenil.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Ministério da Saúde. 3 ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: terceiro e quarto ciclos do ensino fundamental: introdução aos parâmetros curriculares nacionais / Secretaria de Educação Fundamental. – Brasília: MEC/SEF, 1998.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: MORIN, Edgar et al. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo. Paris: Institut Du Management d'EDF et de GDF, 1996.

CAVALHERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESPECIALISTAS DEFENDEM LEI FEDERAL PARA CONTROLAR A PUBLICIDADE INFANTIL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/425892-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-LEI-FEDERAL-PARA-CONTROLAR-A-PUBLICIDADE-INFANTIL.html> Acesso em: 3 dez. 2012.

FILOMENO, José Geraldo B. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

FREIRE, Paulo; NOGUEIRA, Adriano. **Que Fazer**: teoria e prática em educação popular. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989.

FUNDAÇÃO PROCON/SP. **Educação para o consumo**. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2012.

IABELBERG, Catarina. **Livre das influências do consumismo**. Disponível em: <http://revistaescola.abril.com.br/gestao-escolar/livre-influencias-consumismo-680098.shtml> Acesso em: 3 dez. 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

PORTAL ECOD. **O conteúdo do EcoDesenvolvimento.org** Disponível em: <http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2011/outubro/pais-e-maes-enfrentam-o-consumismo-infantil-no-dia#ixzz2EDoeODNM>. Acesso em: 3 dez. 2012.

SANDEL, Michael J. **O Que o Dinheiro não Compra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Risco de desenvolvimento e evolução da responsabilidade civil consumerista no direito comparado e brasileiro: análise da indústria do amianto e da Síndrome de Talidomida¹

*Leonio José Alves da Silva*²

Introdução

No presente trabalho será abordada a teoria do risco de desenvolvimento e seus efeitos na aplicação no direito consumerista brasileiro e uma breve análise em torno do direito comparado, debatendo-se o gradual enfraquecimento da tutela difusa nas lides em que se discutem a natureza e o alcance da responsabilidade civil preventiva (função dissuasiva e didática) e os principais casos de sua aplicação ou afastamento.

Para trabalhar a origem e a evolução da aludida tese e sua adequação no direito brasileiro, a compreensão da

1 Artigo apresentado no Simpósio Relações de Consumo e Meio Ambiente, no II Congresso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política – UFSM, em 04/10/2013.

2 Professor Adjunto 3 de Direito Civil – UFPE/CCJ. Professor Colaborador de Direito Ambiental – UFPE/PRODEMA. Ex-Professor Titular de Direito Civil – UEPB/CCJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses Difusos – GPID/CNPq. Pós-Doutor em Direito – UFSC/PPGD. E-mail: leonioalves@bol.com.br

obra do sociólogo alemão Ulrich Beck, produzida em 1986, ano do acidente nuclear de Chernobyl, é indispensável à tarefa ora proposta, sendo cada vez mais atual diante do cenário mundial de absorção e tolerância à cultura do risco e atividades naturalmente aceitas. Beck parte de uma investigação histórica dos reflexos industriais e o modo de apreensão dos recursos naturais pela humanidade; passa pela cultura do erro (humanidade do erro) e o inusitado conceito de “**irresponsabilidade organizada**”, no qual a figura estatal é o centro de suas atenções, com a tolerância social e governamental de condutas incompatíveis com a própria manutenção das espécies e a sobrevivência da humanidade.

Modernidade, risco e tolerância na sociedade de consumo

A importância de Ulrich Beck na compreensão do dilema do desenvolvimento

Em 1986, o sociólogo alemão Ulrich Beck produz a obra *Sociedade de risco*, (BECK, 2010, p.5), um livro que deve ser considerado como divisor no entendimento dos impactos causados pelo processo de industrialização em todos os continentes, leitura indispensável à compreensão dos antecedentes, fenômenos concomitantes e coadjuvantes na transformação das sociedades produtoras em sociedades consumidoras e falta de preparo dos países para conviver com uma realidade desafiadora.

Trabalhando com um **enfoque multidisciplinar** (sociológico, antropológico, econômico, jurídico, matemático, geográfico, médico, físico-químico e de outras visões), Beck descortina um olhar singular sobre os problemas que assolam a nova sociedade massificada, que consome pela

satisfação psíquica, degrada o ambiente sem o sentimento de culpa, explora recursos em progressão infinitamente superior à capacidade de regeneração e fomenta a produção de uma infundável cadeia de riscos em atividades do cotidiano, antes inimagináveis no modelo de produção clássica, sem a presença do fator lucro (DERANI, 2008, p.152-153).

A sociedade de risco é pródiga de eventos transfronteiriços, tais como: a) o acidente com a usina nuclear de Chernobyl (1986); b) a bomba de Césio 137 em Goiânia (1987); b) o vazamento do Petroleiro Exxon Valdez (1989); c) a encefalopatia espongiforme bovina - EEB ou *Bovine Spongiforme Encephalopathy* - BSE (1986-2004), registrada na contaminação da carne bovina derivada de animais alimentados industrialmente com ração contaminada na Europa; d) a escalada dos vírus “Ebola” (1976) e “H1N1” (tipologia próxima dos casos da “gripe espanhola” em 1918 e na pandemia de 2009); e) atentados terroristas; f) acidentes com a plataforma petrolífera P36 da Petrobras; g) o desastre do Golfo do México (2010); h) a explosão da usina nuclear de Fukushima (2011), etc.

A sociedade de risco congrega, dentre as diferentes características, **a) danos transfronteiriços** e com múltipla nacionalidade, não mais restritos aos limites geográficos de um país ou continente, situação comum nas hipóteses de derramamento de óleo, contaminação por vírus e bactérias, acidentes nucleares com explosão de reatores ou contaminação do solo, ar e água, ambientes virtuais (transferência irregular de tecnologia e dados), veiculação de doenças por alimentos, transporte de animais, “importação” de resíduos (prática ainda utilizada pelos Estados Unidos e países europeus na remessa de lixo hospitalar, radioativo e orgânico para os países do continente europeu e América do Sul); **b) danos transtemporais ou atemporais**,

insusceptíveis de apresamento em um momento temporal, produzindo efeitos por décadas ou séculos além da época em que ocorreram, constituindo exemplos: a contaminação por radioisótopos (acidente de Chernobyl e Goiânia), a contaminação do solo e lençóis freáticos com gases e metais pesados, oriundos dos lixões, prática apenas combatida com a regulamentação da **Política Nacional dos Resíduos Sólidos** (Lei n.12.305/2010) e o respectivo sistema de monitoramento (em regulamentação), a poluição marítima atingindo várias gerações e prejudicando a cadeia reprodutiva marítima, enfim, todos os casos em que ocorra a continuidade de efeitos e externalidades para além do cenário temporal que foram originados.

O ocaso da responsabilidade civil repressiva e a ascensão da responsabilidade civil preventiva

Em poucas décadas de aplicação do sistema ambiental brasileiro, percebe-se a necessidade de ruptura de modelos, fórmulas e formas de pensar a estrutura lógica da responsabilidade civil frente às necessidades da sociedade de risco. O processo legislativo brasileiro de promoção aos direitos difusos foi lento e, por conseguinte, a formação de um acervo jurisprudencial difuso também acompanhou tal ritmo, ocasionando certo engessamento rompido apenas com a redemocratização e a aparição de normas jurídicas como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e outros diplomas normativos de caráter especial.

Na sociedade de risco está-se diante de uma potencialidade de lesão ou de lesão indiscriminada, dispersa no mundo, sem fronteiras ou subordinação a

estratos sociais, balizas temporais, forjada na dúvida; no âmbito internacional, após inúmeros desastres e proporções continentais, um desenho de **responsabilidade civil de longa duração** (CANOTILHO, 2011, p.26) é formulado, alcançando as gerações do futuro e adotando mecanismos preventivos e precaucionais, exigindo justificativas sociais adequadas e o emprego da melhor tecnologia possível (*BAT – Best Available Technology*), além de uma política dissuasiva, fomentando o surgimento de uma Responsabilidade Civil Internacional.

A tolerância do risco na pós-modernidade

A vertiginosa velocidade dos acontecimentos sociais, aliada ao processo de acomodação das mais diferentes formas de agressão aos direitos fundamentais, traduz um crescente questionamento para o profissional do século XXI, a saber: Quais os limites de tolerância das atividades potencialmente causadoras de riscos e de que forma se deve ou se pode evitar o surgimento de novos ramos econômicos incompatíveis com a sadia qualidade de vida? (GARCIA, 2007, p. 236-237). Opções de consumo passam pelo crivo da real necessidade e da aparente necessidade; a primeira é fruto das carências humanas para a sobrevivência, cuja satisfação é imperiosa e independe da divulgação massificada e a segunda é resultado da criação exclusiva dos fenômenos da publicidade e propaganda avassaladoras, atualmente incrustadas no seio social, cujo poder de compra é elemento excludente e o desejo pelo desnecessário e fútil é paulatinamente impregnado no subconsciente dos consumidores (DERANI, 2008, p. 95-96).

Princípios da precaução e da prevenção no direito consumerista

Na **perspectiva precaucional**, a dúvida constitui o principal eixo de condução das políticas públicas difusas, em que o direito do consumidor está inserido; logo, se um produto ou serviço oferece um grau de risco e consequências ainda ignorados (em quaisquer de suas fases de produção ou oferta), compete ao Estado pesquisar e exigir do fornecedor o acervo completo de informações sobre o bem em análise e proibir a sua inserção no mercado, antes que qualquer prejuízo material ou moral seja causado, até que exista certeza da ausência da potencialidade danosa ou a possibilidade de sua minimização (MARQUES, 2010, p.369). Na **perspectiva preventiva**, um acervo de situações causadoras de danos, de índole material ou imaterial, orienta a conduta do Administrador no sentido de adotar políticas de contenção ou arrefecimento dos prejuízos causados e, em última análise, possibilitar a convivência com atividades e produtos que naturalmente revelem capacidade danosa, em virtude da necessidade experimentada pela sociedade quanto ao seu fornecimento. Dentre os Arts. 8º, 9º e 10 do CDC, observa-se uma gradação da potencialidade danosa no mercado de consumo, tática inovadora quando do surgimento do diploma consumerista e que ainda precisa ser efetivada no Brasil, a despeito de uma política econômica permissiva adotada por nosso Administrador em mais de duas décadas de vigência da Lei n. 8.078/1990, notadamente na indústria farmacêutica, tabagista (com a avassaladora quantidade de mortes por câncer de pulmão e outras enfermidades evitáveis e o problema dos fumantes passivos) (DELFINO, 2002, p. 74-75), de próteses de silicone, alimentícia (com a inclusão de substâncias nocivas disfarçadas e o incremento da nanotecnologia alimentícia) e automobilística (com o uso de peças impróprias à construção do produto, além do próprio desenho e equipamentos mínimos de segurança).

Origens da teoria do risco de desenvolvimento

O Tratado de Maastricht

Com a formação da União Europeia, consolidam-se blocos normativos sobre diferentes temas, dentre os quais se destaca o princípio da precaução consagrado no Tratado de Maastricht, em 1992, e aprimorado em diferentes momentos do direito europeu, sendo mundialmente conhecido o julgamento do caso das “*vacas loucas*” com aplicabilidade do Art. 130º-R da referida norma. Posteriormente, o Art. 130º-R do Tratado da União Europeia é alterado pelo Art. 174º do Tratado de Amsterdã, em 1997.

Em seguida, o Parlamento Europeu cria regras mais severas sobre segurança alimentar, insculpidas no Regulamento CE n. 178/2002. Um dos fatores de fomento à teoria do risco de desenvolvimento certamente se encontra no abrandamento da precaução e dos limites da ética na visão da prudência, admitindo-se uma “ignorância invencível” inerente ao estágio de conhecimentos ligados à produção e à capacidade humana de explorar e responder ao inusitado. A teoria do **risco de desenvolvimento** (*risque de développement, riesgos de desarrollo, development risks, rischi di sviluppo, entwicklungsrisiken*) encontra suas bases na argumentação do estado de ignorância dos que participam da cadeia produtiva antes da inserção do produto no mercado de consumo (LOPES, 2010, p. 187-188). Inicialmente, a industrialização e o processo fabril massificado revelaram à humanidade os efeitos indesejados da busca pelo progresso: na relação de custo não estavam calculados os acidentes de pequenas e largas dimensões e muito menos as catástrofes enfrentadas durante todo o século XX e, por muito tempo, a preocupação exclusiva dos doutrinadores e

dos legisladores em matéria de responsabilidade civil era o reestabelecimento da situação fática anterior. A adoção da responsabilidade objetiva e a consagração do risco como modelo de raciocínio legal e jurisprudencial, necessidade comportamental advertida por Louis Josserand em 1936, quando divulgada sua conferência paradigma sobre a evolução da responsabilidade civil, constituíram um liame entre os modelos de concepção do dever de indenizar; contudo, muito pouco era discutido em torno da prevenção dos acidentes, exceto a legislação esparsa desenvolvida nos últimos anos do século XIX e início do século XX, mormente com a evolução do direito previdenciário e trabalhista.

Inexiste convivência ou possibilidade de harmonização entre a teoria do risco de desenvolvimento e os princípios do nível elevado de proteção ecológica, à saúde ou à vida dos consumidores, da precaução e da prevenção. A sobrevida de tais princípios exige o afastamento da teoria do risco de desenvolvimento como fator excludente no nexo de causalidade, pois transferir a análise do potencial nocivo de produtos ou serviços após o seu ingresso na cadeia final de consumo configura nítido convite à irresponsabilidade civil (THOUROT, 2011, p. 3). Em outras palavras, a teoria do risco de desenvolvimento assume, indiretamente, um fator excludente da causalidade, agredindo princípios de ordem pública e interesse social (de natureza indeclinável), ganhando contornos de verdadeira cláusula de não indenizar, banida em diferentes sistemas normativos justamente pela incompatibilidade com as normas de ordem pública (CAVALIERI FILHO, 2010, p.504). Contudo, a Comunidade Europeia, nos termos do Art. 7º, e) da Diretiva n. 374/1985, encampou a tese como verdadeira causa excludente da responsabilidade civil, quando, em verdade, poder-se-ia falar, no raciocínio extremo, de cláusula de não indenizar, expressamente rechaçada no Direito brasileiro (DIAS, 2006, p. 905-906).

O direito da Comunidade Europeia

Na Comunidade Europeia, a Diretiva n. 374/1985, em seu Art. 7º, aceita a teoria do risco de desenvolvimento como fator excludente da relação de causalidade, motivada pelos argumentos favoráveis do desestímulo à pesquisa, o alto preço securitário, o aumento das falências com as indenizações e questionada pelos argumentos contrários da impossibilidade do ser humano ser objeto de testes e da incerteza, da teoria do risco proveito (*ubi emolumentum ibi onus*), da hipossuficiência dos consumidores na sociedade de risco e do enriquecimento sem causa por parte das seguradoras.

O direito alemão

A Lei de Responsabilidade do Produto (*Gesetz ber die Haftung für fehlerhafte Produkte* ou *Produkthaftungsgesetz* – *ProdHaftG*), de 15/12/1989, alterada em 2002, afasta a teoria apenas na indústria farmacêutica e setores afins da saúde, sendo criado um fundo entre as seguradoras e as farmacêuticas, em virtude dos históricos acidentes de consumo provocados pela fabricação de medicamentos cuja potencialidade de risco e danosidade só foram verificadas após a inserção no mercado. Inicialmente, no parágrafo 1º, aborda a responsabilidade e as causas de sua exclusão; no item 5, trabalha com a hipótese de tolerância do vício e escusa da responsabilidade em virtude do estado de conhecimento quando da fabricação do produto. Adiante, no §15, o legislador alemão afirmou que a teoria do risco de desenvolvimento (exclusão da causalidade pelo estado da arte ou técnica, quando da fabricação do produto) não se aplica à indústria farmacêutica ou outras formas de atividades ligadas à saúde ou ao corpo humano.

O direito italiano

No Codice del Consumo (DL. 206/2005), em seu Art. 118, foi recepcionada a teoria do risco de desenvolvimento para excluir a responsabilidade civil do produtor; todavia, a Corte de Cassação da Itália rejeitou, em diversas oportunidades, a aplicação da tese nos casos cujos o bem jurídico tutelado era a vida ou a saúde das pessoas.

O direito francês (Code Civil e Livre Vert relatif à la responsabilité civile du fait des produits défectueux), a Convenção de Lugano e o direito português

O direito francês, tanto na estrutura do CCFr (Arts. 1.386, 1-18) quanto na legislação consumerita, aceita, com certo rigor, a aplicação da teoria do risco de desenvolvimento como fenômeno mitigador do nexo de causalidade, assim como a legislação belga que regula a produção de bens (MONTERO, 1998, p.310). O Art. 1.386, 11, 4º, do CCFr aborda causas exonerativas e trata da impossibilidade do conhecimento do defeito do produto, diante do estado dos conhecimentos científicos e técnicos (THOUROT, 2011, p.2). Adiante, no Art. 1.386, 12, o Código Napoleônico afasta a teoria do risco de desenvolvimento quando se trate de partes do corpo humano ou produtos derivados dele. De igual modo, o Livro verde sobre a responsabilidade civil pelo fato dos produtos defeituosos, adotado pela Comunidade Europeia por intermédio da Diretiva n. 396/1999, prevê a teoria do risco de desenvolvimento como fator excludente do nexo causal e, concomitantemente, estipula densa carga probatória em detrimento do consumidor ao ignorar a inversão do *onus probandi*. A Convenção de Lugano, celebrada na Suíça em 21/06/1993, versando sobre a responsabilidade civil das atividades perigosas em matéria

ambiental, aceitou a reserva do risco de desenvolvimento no Art. 35, 1. No Decreto-Lei n. 383/1989, alterado pela Lei n. 131/2001, o direito português abraça a teoria expressamente.

Temas sobre a teoria do risco de desenvolvimento

A indústria do amianto

A indústria do amianto ou asbesto, lamentavelmente presente na realidade brasileira, comporta um acervo considerável de decisões internacionais em seu entorno, destacadamente na Itália, onde um importante bloco normativo foi elaborado após a constatação científica dos efeitos danosos da aplicação do amianto na confecção de inúmeros artefatos industriais, sobretudo na construção civil e na indústria náutica e automobilística, convergindo para a edição da Diretiva n. 148/2009 do Parlamento Europeu que previu a substituição do amianto por produtos menos ofensivos à saúde humana e sua retirada do mercado. Após a sucessiva apuração de mortes e doenças graves (AISS, 2006, p. 16-17) de trabalhadores envolvidos com o ciclo do amianto, em diferentes espécies e cidades italianas, o sistema previdenciário passou por significativas alterações para incorporar a infortunistica especial naquele setor industrial. No Brasil, ainda se admiti o uso do amianto em algumas atividades industriais, tendo sido editada a Lei n. 9.055/1995 para proibir a exploração de alguns tipos de asbesto, sendo mantida a comercialização da crisolita, consoante o Art. 3º do citado diploma. No Estado de São Paulo, foi editada lei sobre a proibição da exploração e do comércio do amianto,

cuja constitucionalidade foi questionada perante o STF, na ADI n. 2656:

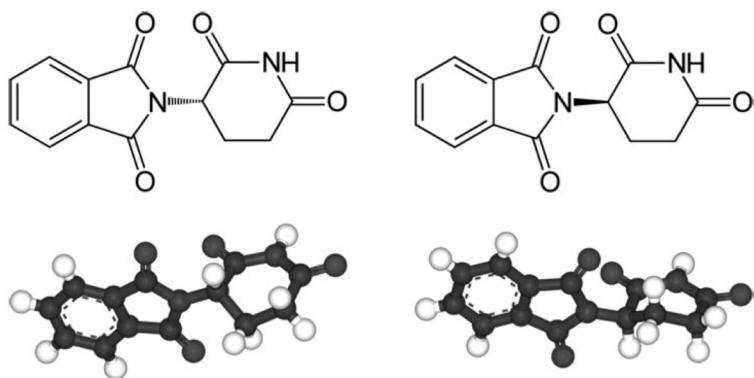
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. STF. Tribunal Pleno. ADI 2656/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa DJ: 01/08/2003.

Decisões históricas na Corte de Cassação da Itália, nas esferas cível e criminal, reconheceram a responsabilidade civil e penal dos empresários e das sociedades exploradoras daquele ramo de atividade. A empresa multinacional Eternit (além dos seus sócios e dirigentes), foi a primeira a sofrer condenação sistemática pela exposição prolongada de seus trabalhadores ao amianto, em todas as suas variáveis físico-químicas. O raciocínio da Corte de Cassação da Itália negou a aplicação da teoria no campo previdenciário para reconhecer a objetivação da responsabilidade civil e, no campo penal, enveredou pela questão da saúde pública e ofensa aos direitos previdenciários dos trabalhadores italianos, notadamente pela falta de EPI.

A talidomida

A droga talidomida foi aprovada na Alemanha, após testes no laboratório Ghemie Günenthal, objetivando diminuir o enjoo e outros fatores nas mulheres grávidas. No Brasil, como em inúmeros países (cerca de 146), foi comercializada em 1958 e, pouco tempo depois (entre 1960 e 1962), a comunidade médica é questionada pelo nascimento de crianças com atrofia nos braços, mãos, pernas e pés ou completa ausência de tais partes do corpo.

Figura 1 - Composição estrutural do ácido glutâmico na formação da droga talidomida e seus diferentes isômeros



Fonte: www.cienciahoje.uol.com.br. Acesso em: 07/05/2013.

Acordos indenizatórios foram celebrados entre os laboratórios e os governos dos países importadores da droga, no sentido de custear pensões por incapacidade, tendo o Brasil reconhecido a responsabilidade civil da União e regulamentado o sistema indenizatório geral por intermédio da Lei n. 7.070/1982, registrando-se que inúmeras lides foram levadas à Justiça Federal para o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário. Posteriormente, a Lei n. 12.190/2010 adotou o sistema de indenização por tariffação montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo grau de dependência das deformidades físicas resultantes. Diversos julgados foram elaborados reiterando a responsabilidade estatal objetiva quando da ausência ou da precariedade de fiscalização quanto ao ingresso da droga no Brasil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFORMIDADES FÍSICAS EM RAZÃO DO USO, PELA GENITORA, DE MEDICAMENTO CONTENDO TALIDOMIDA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 1º, 2º, 267, IV,

295, III, 468, 522, DO CPC E 159 E 1518, DO ANTIGO CÓDIGO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. ARTS. 47 E 77, III, DO CPC E 896, DA LEI MATERIAL CIVIL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 70, III, CPC. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. STJ. 3ª Turma. RESP. 60.129. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ: 16/11/2004.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. SÍNDROME DA TALIDOMIDA. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. PENSÃO VITALÍCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. STJ. 1ª Turma. RESP. 443.869 Turma. Rel. Min. Denise Arruda. DJ: 24/04/2006.

ADMINISTRATIVO E CIVIL. REPARAÇÃO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÍNDROME DA TALIDOMIDA. LEIS 7070/82 E 12190/2010. DIREITOS DA PERSONALIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. TRF5. 1ª Turma. ARN. 20.579. Rel. Des. Federal José M. Lucena. DJ: 29/11/2012.

Considerações finais

Assim, percebe-se que a busca incessante por novas técnicas na indústria farmacêutica, alimentícia, beligerante, cosmética, de nanotecnologia, dentre outros setores empresariais, ainda não encontrou freios de caráter ético ou humanitário e que a ausência de critérios rígidos para o seu controle ou mesmo a substituição por técnicas com menor potencial lesivo traçam um perfil de um Estado ainda omissor (a exemplo da continuidade da produção de produtos de amianto no Brasil), despreocupado com contínuas políticas públicas consumeristas preventivas (v.g. Art. 10 da Lei n. 8.078/1990) e acesso ao direito inalienável da informação, ainda que adote práticas compensatórias

como a espelhada na recente Lei Complementar n. 142/2013, quando é reduzido o tempo de serviço para a aposentadoria das pessoas com necessidades especiais.

Referências

AISS – Associação Internacional da Seguridade Social. **Amianto: Rumo ao banimento global**. Genebra, 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. **O lugar do Direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

LOPES, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTERO, Etienne. **La responsabilité civile du fait des bases de données**. Namur: Presses Universitaires de Namur, 1998.

THOUROT, Patrick. **Le risque de développement**. Disponível em http://www.scor.com/images/stories/pdf/scorpapers/scorpapers11_fr.pdf. Acesso em: 20/11/2011.

Da governança ao capitalismo regulatório: o desafio latino-americano¹

Ana Maria Borralho Gobbato²

Introdução

O mundo transnacionalizado é um mundo em reordenamento, no qual as instituições que estão em transição provocam profundo impacto na vida diária das pessoas.

As grandes transformações do cenário mundial a partir de 1970, dentre elas o acirramento dos efeitos socioeconômicos do processo de globalização, promoveram a reestruturação da forma de exercício das funções do Estado. O Estado de Bem-Estar Social, produtor de bens e serviços, foi paulatinamente substituído por um Estado regulador do mercado e da prestação de serviços públicos.

Nesta nova ordem econômica, social e política, na qual as esferas de atuação do Estado, mercado e sociedade não são mais individualmente distintas, a Regulação deixa de ser um ferramental de Governo para tornar-se elemento constitutivo da Governança.

A proposta deste trabalho, sem a pretensão de atingir foros de tese, é a de refletir sobre a Governança Regulatória

- 1 Artigo elaborado sob orientação do Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, titular da disciplina Governança e Sustentabilidade do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (SC).
- 2 Doutoranda do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (SC), Mestre em Ciência Jurídica, Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil, graduada em Ciência Jurídica e História; professora do Centro Universitário Católica de Santa Catarina- Jaraguá do Sul. Endereço eletrônico: amgobbato@gmail.com.

como modelo contemporâneo de exercício das atividades políticas, econômicas e sociais; conformadora de um novo paradigma capitalista intitulado Capitalismo Regulatório.

Em linhas propedêuticas, buscou-se identificar na realidade latino-americana os aspectos teóricos caracterizadores da atividade regulatória que autorizariam cogitar-se de sua inserção no contexto do Capitalismo Regulatório; para então adentrar-se ao terreno pragmático e investigar-se a forma de difusão da Regulação e a sua relação com a concreção de direitos fundamentais na América Latina.

Governo e Governança

A delimitação conceitual de Governança deve partir de sua compreensão como uma hibridização de modos de controle que permitem a produção de uma ordem fragmentada e multidimensional dentro do Estado, pelo Estado, sem o Estado ou além do Estado.

Importa, portanto, uma pluralidade de modos de controle que reflete e configura novas maneiras de fazer política, uma nova compreensão das instituições estatais, internacionais e transacionais; assim como permite a exploração de novos meios de controle de riscos, de exercício de cidadania e promove novas formas de tomada de decisões.³

A categoria Governança tem, provavelmente, origem no termo grego *kybernan*, que significa pilotar e foi traduzida para o latim como *gubernare*. Os conceitos contemporâneos de Governo e Governança estão ainda relacionados com esta concepção original.

Embora a noção de Governança estivesse historicamente presente, não se constituiu em objeto de estudo das ciências sociais até o ano de 1979. Foi a publicação da obra de Oliver Williamson, intitulada “Transaction Costs Economics: Governance of

3 LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.3.

Contractual Relations”, que despertou o interesse de juristas e economistas sobre a Governança corporativa.⁴

No entanto, segundo Levi-Faur⁵, foi somente a partir de 1990 que o interesse da comunidade acadêmica pelo estudo da Governança se difundiu de tal forma que, na primeira década deste milênio, o número de artigos científicos publicados em inglês sobre o tema passou de 18.648 para 104.928.

A relação simbiótica entre Governança e Governo torna necessário, por apurmo metodológico, que se estabeleçam seus respectivos conceitos.

Nesse sentido, ressalta Rhodes⁶ que Governança implica uma ressignificação do conceito de Governo. Refere-se a um novo processo de Governo, a diferentes formas de produção de regras e a novos métodos pelos quais a sociedade pode ser governada.

Embora Governança e Governo impliquem um “comportamento visando a um objetivo, a atividades orientadas para metas e a um sistema de orientação”, Governo pressupõe a existência de autoridade formalmente constituída e com poder de polícia. Governança, por sua vez, abrange as instituições governamentais e os mecanismos informais que “fazem com que as pessoas e as organizações (...) tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas.”⁷

Nessa esteira, aponta Czempiel que Governança deve ser entendida “como a capacidade de fazer coisas sem a

4 LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.5.

5 LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.5.

6 RHODES, R. A. W. Waves of Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.33.

7 ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política. In: CZEMPIEL, Ernst-Otto; ROSENAU, James N. (organizadores). Governança, Ordem e Transformação na Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. P.15.

competência legal para ordenar que sejam feitas” e que, sob este prisma, os sistemas internacional, supranacional e transnacional são também sistemas de Governança.⁸

O caráter transnacional da Governança fica evidente a partir da conceituação proposta pela Comissão de Governança Global da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que define Governança como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns”.⁹

De acordo com Levi-Faur¹⁰, a Governança pode ser investigada a partir de quatro vertentes conceituais: como estrutura, processo, mecanismo e estratégia.

Sob a ótica estrutural, Governança significa a arquitetura das instituições formais e informais de Governo; como processo se caracteriza como a nova dinâmica de criação e condução de políticas públicas.

A compreensão da Governança sob o viés mecanicista importa identificá-la com os procedimentos institucionais de decisão e controle e, como estratégia se relaciona aos esforços dos atores estatais e não estatais em dominar os mecanismos que definem opções e preferências dos cidadãos.

Governança, portanto, requer um novo desenho institucional, com a participação de diferentes atores, que extrapola as instituições formais de Governo.

Da compreensão desta lógica deriva a inexorável interdependência entre Governança e Estado. Nessa esteira, Governança pode ser analisada sob quatro perspectivas teóricas de Estado¹¹.

8 CZEMPIEL, Ernst-Otto. Governança e Democratização. In: CZEMPIEL, Ernst-Otto; ROSENAU, James N. (organizadores). Governança, Ordem e Transformação na Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. P.335.

9 OCDE. Participatory Development and Good Governance. 1.995. Disponível em: www.oecd.org. Acesso em: 15/12/2012.

10 LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.8.

11 Sobre isso: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.10.

A primeira é a da falência do Estado, que passaria a se tornar um agrupamento de redes interorganizacionais, integradas por atores governamentais e não governamentais, nas quais nenhum ator é soberano para dirigir o Estado ou a atividade regulatória.

A perspectiva do Estado adota o mercado como mecanismo de controle dominante. Se a primeira perspectiva pode ser entendida como o esvaziamento do Estado, esta seria a do esvaziamento da política.

A terceira vertente combina as transformações do Estado, a limitação da capacidade política e a importância dos atores privados no processo político e na Governança global, com a possibilidade de o Estado manter-se como o mais importante ator no cenário da Governança.

A quarta e mais recente perspectiva aborda as relações entre Governo e Governança sob a ótica da Regulação e da consolidação do Capitalismo Regulatório. A análise conjunta da Regulação e da Governança visibiliza um importante aspecto da atual ordem capitalista: o crescimento da exigência e do fornecimento da atividade regulatória por meio de modos híbridos de Governança.

Diferentemente da terceira perspectiva, sob a qual o Estado é o centro da Governança, esta abordagem implica a coexpansão do Governo e da Governança. Os executores da atividade regulatória não são somente os entes públicos, mas incluem outros atores que colaboram e competem entre si.

Nessa linha, ressalta Lobel¹² que o desafio central da Governança é promover legitimidade, efetividade e participação ativa dos entes privados na atividade regulatória e que, para tanto, devem ser contemplados oito aspectos: (a) aumento da participação de atores não estatais; (b) colaboração público-privada; (c) diversidade e

12 LOBEL, Orly. New Governance as Regulatory Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.65.

competição no interior do mercado; (d) descentralização; (e) integração de todas as esferas políticas; (f) predominância da *soft law*, ou seja, regras não coercitivas; (g) adaptação e aprendizado constante e (h) coordenação.

Estas oito dimensões representam os princípios organizacionais que devem operar conjuntamente no interior do modelo de Governança.

A crescente participação de atores não estatais desafia a concepção tradicional do poder regulatório centrado unicamente em Agências de Regulação, que respaldam sua legitimidade no domínio do conhecimento técnico.

A colaboração público-privada, a competição no interior do mercado e a descentralização são decorrentes da incorporação destes novos atores na atividade regulatória.

Neste sentido, destaca Liton Lanes Pilau Sobrinho¹³, que “os atores sociais transnacionais comporiam, portanto, um vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra os resultados econômicos, sociais e políticos da globalização econômica (...)”.

A diversidade e a competição no interior do mercado se referem aos pressupostos ontológicos da Governança, que apontam a inexorável necessidade de contemplar uma multiplicidade de valores, de contemporizar conflitos e compromissos, de admitir a diversidade e a legitimidade de interesses, assim como de tutelar os valores públicos.

Ressalta Lobel¹⁴ que a Governança regulatória não implica a substituição do modelo tradicional pelo da autorregulamentação completa. Ao contrário, o desafio da Governança regulatória é o de harmonizar

13 PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; PIFFER, Carla. Transnacionalidade e Atores Sociais: Uma Análise a Partir da Exclusão Social Promovida pelos Ideais Neolibérias. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (organizador). Cátedra Jean Monnet: Direito Europeu na atualidade. Itajaí: Univali. Acesso livre no portal da Univali (www.univali.br). 2012. P.21.

14 LOBEL, Orly. New Governance as Regulatory Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.69..

a autorregulamentação com um significativo papel de coordenação do Estado.

A certeza de que a produção social de riquezas é acompanhada por uma produção social de riscos¹⁵ e o deslocamento de parcela do poder político dos Estados para entidades locais, supranacionais e transnacionais, evidenciam que o modelo de regulação tradicional, no qual o mercado e a sociedade civil são objetos de regulação, é incapaz de abarcar a complexidade contemporânea.

No modelo de regulação tradicional o mercado e a sociedade civil são os objetos da regulação. As informações e as necessidades oriundas da base são seletivamente conduzidas aos agentes reguladores, enquanto as decisões tomadas por eles são rigidamente impostas aos regulados.

Em um regime cooperativo, o papel da Governança deve centra-se em processos de solução de problemas, em vez de legislar sobre a atividade em si.

O papel das Agências neste novo modelo é o de harmonizar os interesses de regulados e reguladores, utilizando-se de mecanismos não só coercitivos, tais como a emissão de certificados de responsabilidade social-ambiental e as certificações de qualidade.

Ressalta Lobel¹⁶ que o termo Governança vem sendo erroneamente entendido como sinônimo de *soft law*. Diferentemente, Governança não implica um deslocamento da lei tradicional (*hard law*) para normas informais, e sim a formalização de práticas até então informais.

A incorporação de práticas de governança corporativa tem evidenciado o incremento das ações individuais e das atividades de controle e fiscalização que, por meio de mecanismos de proteção e encorajamento da atuação do cidadão, podem se espreiar para os demais lócus da vida social.

15 Sobre isso: BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34 Ltda. 2010.

16 LOBEL, Orly. New Governance as Regulatory Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.72.

A proximidade e a transversalidade das questões tratadas preponderantemente pela literatura sobre Governança e Regulação, assim como a sinergia entre as trajetórias de Governo para Governança e da burocracia weberina para a Regulação, remetem, necessariamente, ao estudo da Regulação.

Governança Regulatória

Nas últimas décadas, a Regulação se tornou objeto de investigação e debate impulsionado, principalmente, pelo fomento das atividades das organizações internacionais e pela criação de novos espaços que transcendem a lógica público-privada.

Foi, no entanto, a crise financeira de 2007-2008 que acirrou os debates acerca da Regulamentação. O clamor neoliberal pela desregulamentação foi substituído por exigências de maior regulamentação, especialmente do mercado financeiro.

O interesse acadêmico pela atividade regulatória se polarizou entre aqueles que a defendem como um modelo técnico capaz de exercer controle racional sobre atividades socioeconômicas; e críticos que a qualificam como um ônus próprio do exercício da capacidade produtiva e da prestação de serviços.

Um acordo semântico sobre o conceito operacional de Regulação deve se iniciar a partir de três compreensões básicas.¹⁷ A primeira tem Regulação como sendo um conjunto de regras aplicadas a um determinado setor, com propósitos específicos.

A segunda ótica engloba todas as ações estatais que objetivam influenciar comportamentos sociais e do mercado;

17 Sobre isso: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. New York: Oxford University Press. 2012. P.3.

e a terceira conceitua Regulação como sendo o conjunto de todos os mecanismos, estatais e não estatais, aptos a promover mudanças no comportamento social e do mercado.

Robert Baldwin fez uma análise histórica da Regulamentação na Inglaterra e demonstrou que, embora haja uma tendência de classificá-la como a “forma pós-moderna de controle da prestação de serviços públicos”, ela vem sendo praticada naquele país desde o período dos Tudor (1.485 a 1.603).¹⁸

No século XIX houve razoável crescimento da Regulação com o surgimento de agentes regulatórios voltados à saúde pública e às condições de trabalho. Já na década de 1930 o crescimento da atividade regulatória foi expressivo, em especial nas áreas de transporte ferroviário e naval.

A criação de Agências Regulatórias nos países capitalistas ocidentais seguiu o modelo norte-americano, que se iniciou em 1.887 com a ITA (*Inter State Commerce Commission*), criada com o objetivo de regulamentar o transporte ferroviário e a sua política de preços.¹⁹

O período entre os anos de 1.960 e 1.970 se caracterizou, entre outras coisas, pelo crescimento exponencial do número de agências reguladoras criadas nos Estados Unidos e Europa, principalmente voltadas à regulação dos monopólios, transporte aéreo, seguros e saúde.

No entanto, foi na década de 1.990 que o debate sobre a regulação se acirrou e passou a focar-se na prestação de serviços.

No Brasil, as agências reguladoras, autarquias de regime especial, vinculadas sem subordinação hierárquica aos Ministérios, foram criadas na década de 1990, para

18 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. New York: Oxford University Press. 2012. P.4..

19 Sobre isso: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p.79.

desempenhar a função regulatória do Estado.²⁰

Dessa forma, tais agências constituem-se em órgãos públicos, dotados de independência e destinados à regulação de uma atividade de natureza pública.

As agências, por estas características, configuram exemplo da mudança de paradigma do Estado, que passa a intervir na sociedade por meio da criação de novos espaços de mediação entre a definição da política pública e a sua implementação.

Em apertada síntese, “a regulação deve ser entendida como um conjunto de estratégias diferentes dos mecanismos tradicionais de comando e controle e que tem a potencialidade de aumentar a efetividade e a legitimidade da regulação social.”²¹

Sob esta perspectiva, Baldwin²² destaca que é razoável concluir-se que o Estado contemporâneo seja qualificado como Estado Regulatório, configurando-se, assim, um novo paradigma capitalista: o capitalismo regulatório.

Capitalismo Regulatório

Embora o senso comum aponte para a hegemonia do pensamento neoliberal centrado, em regra, na privatização e na desregulamentação, nas últimas décadas, a atividade

20 No plano federal foram criadas as seguintes agências de regulação setorial: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Lei 9.427/96; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Lei 9.472/97; Agência Nacional do Petróleo (ANP), Lei 9.478/97; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Lei 9.782/99; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Lei 9.961/00; Agência Nacional de Águas (ANA), Lei 9.984/00; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei 10.233/0a1; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Lei 10.233/01 e Agência Nacional de Cinema (ANCINE), Lei 10.454/02.

21 Tradução livre da autora de: LOBEL, Orly. New Governance as Regulatory Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). The Oxford Handbook of Governance. New York: Oxford University Press. 2012. P.69.

22 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice. New York: Oxford University Press. 2012. P.2.

regulatória tem se espalhado pelo mundo ocidental acompanhada por novas instituições, tecnologias e mecanismos de regulação, que provocaram enorme impacto na estrutura político-social e econômica.

Paradoxalmente, apesar de o neoliberalismo pregar a desregulamentação, o que tem de fato ocorrido é um incremento na atividade regulatória, configuradora de um novo paradigma de inteligência caracterizado pela interação ontológica entre direito, economia, política e sociedade civil, que está configurando a ordem global.²³

A leitura crítica dos efeitos do neoliberalismo na criação de uma nova ordem global revela uma apologia da desregulamentação no plano ideológico, concomitante a um incremento da atividade regulatória na esfera pragmática.

Esta nova ordem econômica, social e política, na qual as esferas de atuação do Estado mercado e sociedade não são mais individualmente distintas, na qual Regulamentação deixa de ser um ferramental de Governo para tornar-se elemento constitutivo, pode ser denominada de Capitalismo Regulatório.²⁴

Uma abordagem histórico-analítica das relações entre Capitalismo e Regulação sugere que a investigação das modificações sofridas pela Governança na economia capitalista seja abordada em cinco principais vertentes: (a) a nova divisão de trabalho entre Estado e sociedade, (b) aumento da delegação, (c) novas tecnologias de regulamentação, (d) novas estruturas regulatórias

23 LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P. 13.

24 LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.12.

interinstitucionais e extrainstitucionais e (e) crescimento da influência de *experts*.²⁵

O capitalismo como ordem econômica voltada à acumulação de capital, quando analisado sob o prisma das duas funções principais da Governança, direção e fornecimento de serviços, apresenta três fases distintas.²⁶

A primeira fase, do *laissez-faire*, no período de 1.800 a 1.930, caracterizou-se por concentrar nas mãos da burguesia tanto a direção política quanto a atividade econômica.

No entanto, a crise do período entre as duas Guerras Mundiais e o enfraquecimento da democracia impulsionaram a construção do modelo de Estado de Bem-Estar Social, no qual o próprio Estado assume as atividades de direção econômica e prestação de serviços.

A terceira fase, do Capitalismo Regulatório, reconfigura a divisão de trabalho entre Estado e sociedade e, em especial, entre Estado e capital. Esta nova divisão do trabalho implica uma nova estrutura para o aparelho estatal, centrada em funções tais como delegação e reestruturação da atividade econômica, realizáveis por meio da criação de mecanismos de controle interno e de autorregulamentação, com a inafastável participação da sociedade civil.

A caracterização do Capitalismo Regulatório demanda o reconhecimento de que os vários elementos integrantes dessa nova ordem estão inter-relacionados e que, por primeiro, define-se a partir de uma nova ordem tecnológica; para então configurar-se em uma nova ordem econômica, regida por vários instrumentos regulatórios criados a partir da mobilização de novos atores.

25 Optou-se aqui pelo uso do termo em língua inglesa *experts* significando um grupo de especialistas em determinada área do conhecimento ou tecnológica.

26 Sobre isso: LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.15.

Dentre os novos instrumentos regulatórios, destaca Levi-Faur²⁷ o uso de certificações de produtos ecológicos e certificações internacionais de qualidade.

Cumpre, nesta linha de raciocínio, destacar que o Capitalismo Regulatório, por si só, não implica uma escolha de modelo de sociedade que não esteja pautada em vetores axiológicos voltados a construção de uma sociedade justa e solidária, pautada em princípios, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Rompendo com o cânone da teoria marxista²⁸ de que as mudanças das ações individuais e coletivas são entendidas como resposta às mudanças estruturais, evidencia Levi-Faur o papel desempenhado pela *difusão* como mecanismo provocador de transformações no sentido de construção de uma nova ordem mundial.

Difusão, para o referido autor, é “o processo por meio do qual a adoção de inovações pelos membros de um determinado sistema social é transmitida e dispara mecanismos que incrementam a probabilidade de adoção deste comportamento por outros membros que ainda não o tinham adotado.”²⁹

Nota-se, neste esboço de definição, que o enfoque marxista que concebe as transformações como resposta às mudanças estruturais não abarca a possibilidade de

27 Sobre isso: LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.15.

28 Sobre isso: ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. A ideologia alemã. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. (tradução de Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Acavini Martorano).

29 LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.23.

poderem ser social e politicamente construídas no interior da rede de atores envolvidos no processo.

O papel da *difusão* no processo de crescimento da interdependência deve ser observado por três ângulos. O primeiro, de cima para baixo, refere-se às reformas regulatórias apresentadas pelos condutores da política nacional em resposta às pressões exógenas de diferentes fontes, sejam elas internacionais ou transnacionais, estatais ou não.

O segundo ângulo, no sentido de baixo para cima, aborda a atividade regulatória como reação às transformações ocorridas no interior do Estado; e a terceira ótica é a de que as mudanças no interior de um determinado segmento tendem a ser adotadas por outros setores sociais.

É pressuposto fático de análise do Capitalismo Regulatório o reconhecimento da difusão global da criação de Agências de Regulação, que de peculiaridade norte-americana se transformou em foco central das reformas ocorridas na Europa, na Ásia Oriental e na América Latina.

Capitalismo Regulatório na América Latina

Minudente estudo de Jordana e Levi-Faur³⁰ sobre a difusão do Capitalismo Regulatório na América Latina, tomando por base 19 países e 12 setores (entre eles bancário, seguros, câmbio, telecomunicações, transporte, eletricidade e meio ambiente), no período de 1979 a 2002, demonstrou o papel determinante do processo de *difusão* na

30 JORDANA, Jacint ; LEVI-FAUR, David. The Diffusion of Regulatory Capitalism in the Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order. In: LEVI-FAUR, David ; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.102-124. Registre-se que a obra é o fundamento sobre o qual se desenvolveu todo o relato deste tópico.

criação, na implantação e na generalização de mecanismos de Regulação.

O crescimento do Capitalismo Regulatório na América Latina deve ser observado a partir de quatro fatores relacionados entre si: (a) crise do antigo modelo de desenvolvimento, (b) liberalização econômica, (c) processo de democratização e (d) processo histórico de formação dos Estados.

No período posterior a Segunda Guerra, os países latino-americanos seguiram o modelo econômico dominante, caracterizado pela conduta estatal do processo de industrialização, pautado em uma política econômica de substituição de importações.

Durante este período houve uma expansão do setor público e o desenvolvimento de mecanismos de centralização política, que não foram capazes de fomentar o desenvolvimento de instituições fortes, como bem demonstraram as crises decorrentes das dívidas externas e da hiperinflação na década de 1.970.

No final da década de 70, a crise econômica coincidiu com a transição, em muitos países latino-americanos, de regimes ditatoriais para regimes democráticos.

O processo de democratização baseado na tradição democrática anterior de regime presidencial e representação proporcional para o Legislativo levou a um fortalecimento do Poder Executivo, que veio a capitanear a liberalização econômica.

Merece destaque a concomitância entre os processos de democratização e de liberalização da economia. Em face da expectativa popular de que os políticos eleitos promovessem o desenvolvimento econômico e a criação de novos empregos, a opinião pública foi relativamente favorável às mudanças no sentido da abertura dos mercados e das privatizações.

Na América Latina, o exercício da Governança por meio de Agências Reguladoras teve suas raízes históricas no modelo norte-americano de regulação para o setor

financeiro, em decorrência da missão Kemmerer, ocorrida no período de 1.923 a 1.931.³¹

O economista americano e professor da Universidade de Princeton, Edwin Walter Kemmerer, empreendeu várias missões a Colômbia, Equador, Chile, Bolívia e Peru, com o objetivo de sugerir a adoção de políticas econômicas voltadas a um modelo de desenvolvimento pautado em reformas fiscais, monetárias e bancárias, por meio da criação de bancos centrais independentes e de Agências de Regulação.

Ressalte-se que, com exceção do setor financeiro, poucas Agências Reguladoras foram criadas antes da chamada fase neoliberal.

No Brasil, a primeira Agência Reguladora foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº 9.427, de 26/12/96, com competência regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica.

O processo de difusão do crescimento da atividade regulatória deve ser observado a partir de duas matrizes metodológicas: a do modelo nacional e a da política setorial.

O modelo nacional pressupõe que o surgimento das Agências é determinado pela comunidade política, que exerce controle efetivo sobre o processo.

Diferentemente, o modelo setorial coloca como fator determinante a existência de Regulação do setor em outros países e a consequente tendência a expansão.

No já referido estudo, Jordana e Levi-Faur³²

31 Sobre isso: DRAKE, Paul W. *The Money doctor in the Andes. The Kemmerer Missions, 1.923-1.931.* USA: Duke University Press, 1.989; BULMER-THOMAS, Victor. *The Economic History of Latin America since Independence.* United Kingdom: Cambridge University Press, 2003 e SEIDEL, Robert N. *American Reformers Abroad: The Kemmerer Missions in South America, 1923-1931.* Disponível em: <http://jstor.org/stable/2116828>. Acesso em: 07/01/2013.

32 JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. *The Diffusion of Regulatory Capitalism in the Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order.* In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint.

demonstraram que há uma interdependência no campo regulatório, não só oriunda de forças exógenas como das organizações inter e transnacionais e das economias hegemônicas; mas também decorrente da atuação de forças endógenas.

Deste ponto de vista, a observação da Regulação se desloca da esfera do poder do capital, para a esfera da política.

Neste contexto, as ideias sobre as melhores práticas se difundem por meio de redes de lideranças políticas e de comunidades epistêmicas, que se comportam de acordo com uma lógica própria de ação coletiva.

Vê-se, portanto, que o Capitalismo Regulatório apresenta uma dinâmica paradoxal na medida em que o seu caráter transnacional remete a uma aparente diversidade e complexidade que, na verdade, tende a uma padronização de regras e de mecanismos de controle nos níveis local, internacional e transnacional.

Da compreensão teórica desta lógica deriva a contribuição que se pretende com o presente artigo.

A moldura do capitalismo regulatório se apresenta, à primeira vista, como integrada por múltiplos e diferentes atores, mas esta aparente diversidade tende a convergir em categorias de atores protagonistas, não necessariamente comprometidos com a construção de uma sociedade democrática, justa e solidária.

Para que a investigação teórica empreendida se traduza em contribuição pragmática, é necessário que se avance na compreensão da nova dinâmica entre as relações de poder e as estruturas de autoridade, para que se possam detectar as novas forças institucionais de governança regulatória, de forma a garantir de direitos fundamentais.

(Editores). *The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 598. 2005. P.110.

Considerações Finais

A concreção dos direitos fundamentais vem sendo desafiada pelas transformações decorrentes do processo de globalização contemporâneo, em especial no que se refere à reestruturação da forma de exercício das funções do Estado.

O Estado de Bem-Estar Social, provedor de direitos e a intervenção direta na economia, predominante até o início dos anos 90, tinham como pressuposto legitimador a supremacia do interesse público, identificado como o interesse do Estado-nação.

No entanto, os reflexos do processo de globalização e a universalização da Governança Regulatória promoveram a reestruturação da forma de atuação do Estado. O Estado, produtor de bens e serviços, vem sendo substituído pelo Estado Regulador, caracterizado por atividades de planejamento, regulamentação e fiscalização.

Os executores da atividade regulatória não são somente os entes públicos, mas incluem outros atores que colaboram e competem entre si.

Neste sentido, é necessário que se busque teorizar sobre uma ordem mundial na qual a Governança se exerce por meio de uma Regulação híbrida na qual a Regulação estatal coexiste com a não estatal, a nacional se expande junto com a internacional, a transnacional e a global. A Regulação privada coexiste com a pública, assim como a comercial com a social e a voluntária com a obrigatória.

Na esteira do pensamento de Czempiel,³³ a busca da solução dos conflitos contemporâneos deve se iniciar pelo *a priori* teórico de que são sistemas de Governança

33 CZEMPIEL, Ernst-Otto. Governança e Democratização. In: CZEMPIEL, Ernst-Otto; ROSENAU, James N. (organizadores). Governança, Ordem e Transformação na Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. P.361.

e, conseqüentemente, reconhecer o protagonismo da sociedade civil e o grau de interdependência entre seus diferentes setores.

A reflexão crítica acerca do tema leva a concluir-se que a Governança por meio da Regulação, que teve sua origem nos Estados Unidos da América e na Europa, adquiriu uma dinâmica própria que está configurando a ordem global a partir de problemas e soluções políticas e socialmente construídas em alguns países e regiões dominantes.

Embora os ideais da democracia participativa tenham proeminência, na realidade muitos países têm se tornado seguidores de regulamentação preestabelecida e deixado de protagonizar a sua própria atividade regulatória.

Daí a obrigatoriedade que se avance na compreensão da nova dinâmica entre as relações de poder e as estruturas de autoridade, para que se possam detectar as novas forças institucionais de governança regulatória, de forma a garantir a concreção do projeto civilizatório explicitado nos direitos fundamentais.

Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice**. New York: Oxford University Press, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34 Ltda. 2010.

BULMER-THOMAS, Victor. **The Economic History of Latin America since Independence**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CZEMPIEL, Ernst-Otto. Governança e Democratização. In: CZEMPIEL, Ernst-Otto e ROSENAU, James N.(organizadores). **Governança, Ordem e Transformação na Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

DRAKE, Paul W. **The Money doctor in the Andes.** The Kemmerer Missions, 1.923-1.933. USA: Duke University Press, 1.989.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. (tradução de Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Acavini Martorano).

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The Diffusion of Regulatory Capitalism in the Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science.** Volume 598. 2005.

LEVI-FAUR, David (Editor). **The Oxford Handbook of Governance.** New York: Oxford University Press. 2012.

LEVI-FAUR, David. The Global Diffusion of Regulatory Capitalism. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint (Editores). The Rise Of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science.** Volume 598. 2005.

LOBEL, Orly. New Governance as Regulatory Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). **The Oxford Handbook of Governance.** New York: Oxford University Press. 2012.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; PIFFER, Carla. Transnacionalidade e Atores Sociais: Uma Análise a Partir da Exclusão Social Promovida pelos Ideais Neoliberais. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (organizador). **Cátedra Jean Monnet: Direito Europeu na atualidade.** Itajaí: Univali. Acesso livre no portal da Univali (www.univali.br). 2012.

RHODES, R. A. W. Waves of Governance. In: LEVI-FAUR, David (Editor). **The Oxford Handbook of Governance.** New York: Oxford University Press. 2012.

ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política. In: CZEMPIEL, Ernst-Otto; ROSENAU, James N. (Organizadores). **Governança, Ordem e Transformação na Política.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SEIDEL, Robert N. **American Reformers Abroad: The Kemmerer Missions in South America, 1923-1931.** Disponível em: <http://jstor.org/stable/2116828>. Acesso em: 07/01/2013.