

Revista Microcontas 80 | 66-75
LIVRO
DOUTRINA

Marcelo Sáez Ave 2019
Cintila Rosa Perito de Lima
Acadêmica de Direito - UNESP - Faculdade de Direito - São José do Rio Preto - 1990

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 *

FÁBIO KONDER COMPARATO

1 — Origem e sentido histórico do Direito do Consumidor

O ingresso da figura do consumidor nos textos constitucionais, como objeto de especial cuidado e proteção por parte dos órgãos públicos, é fato recente.

Foi a Constituição espanhola de 1978 a primeira a se ocupar do tema. Em seu art. 51, dispõe que "os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos". Acrescentou que os Poderes Públicos estão obrigados a informar e a educar os consumidores e usuários, a fomentar suas organizações e a ouvi-las em todas as questões que possam afetar os interesses por elas defendidos.

Inspirando-se nesse precedente, a primeira revisão constitucional portuguesa, de 1982, consagrou um artigo à proteção do consumidor, no qual se incluía também a proibição de "todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa". Todavia, na segunda revisão constitucional, realizada em 1989, esse dispositivo foi suprimido, limitando-se o novo texto, em seu art. 102, a declarar, laconicamente, que a

* Conferência pronunciada no IV Congresso Jurídico Brasil-Alemanha, em 3.11.90, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial.

Na verdade, esse ingresso recente da figura do consumidor nos textos constitucionais é bem compreensível, pois o próprio direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é algo de novo na evolução do Direito. Se se quiser datar sua origem, pode-se dizer que ela remonta a 1962, ano em que o Presidente Kennedy publicou sua famosa mensagem, definindo quatro direitos fundamentais dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado.

É óbvio que o surgimento dessa nova política governamental, dando nascimento a um conjunto sistemático de normas jurídicas, nada mais é do que a manifestação de que as regiões industrializadas do planeta haviam atingido, desde o início dos anos sessenta deste século, uma nova etapa na evolução econômica. Até então, a preocupação maior dos economistas — os sacerdotes dessa "triste ciência", como disse Ricardo — foi, sem dúvida, a de resolver as persistentes carências, que afetavam, em maior ou menor grau, todas as regiões do mundo. Ao se ingressar, porém, pela primeira vez na história da humanidade, na era da opulência, foi possível mudar o objeto central das preocupações político-econômicas: não

Review de Direito Mercantil (Industrial, Governar e a Responsabilidade). I.D.T
DOUTRINA
67

mais a falta de produção e, sim, a qualidade dos produtos ou mercadorias distribuídos no mercado. O consumidor, de elemento passivo e secundário na cena econômica, assumia um papel ativo e relevante; no campo político, ele deixava de ser tutelado, para se tornar uma força eleitoral com a qual era doravante preciso contar.

A revolução industrial principiou, com efeito, por assinar aos produtores o objetivo de conquista dos mercados, com o estabelecimento da produção em massa. Já no final do século XVII, Sir Isiah Child, que foi governador da *East India Company*, sustentava que o empresário produtor devia ser considerado único juiz da qualidade dos produtos vendidos, sem qualquer interferência legal ou governamental. "Se quisermos conquistar o mercado mundial", escreveu ele em *A New Discourse of Trade* (1688-1690), "devemos imitar os holandeses, que fabricam tanto os melhores quanto as piores mercadorias; é somente assim que poderemos satisfazer todos os mercados e todos os gostos".

Isiah Child, aliás, manifestou-se francamente favorável ao mercantilismo, com o estímulo às exportações, para a acumulação de ouro e metais preciosos, e a proibição de importações. Foi contra essa concepção, justamente, que se levantou Adam Smith, lançando as bases racionais do liberalismo. "Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer. The maxim is so perfectly self-evident that it would be absurd to attempt to prove it. But in the mercantile system the interest of the consumer is almost constantly sacrificed to that of the producer, and it seems to consider production, and no consumption, as the ultimate end and object of all indus-

try and commerce" (*Wealth of Nations*, livro IV, cap. VIII).

A rigor, portanto, a primeira defesa específica dos interesses do consumidor, na teoria econômica, é devida ao grande sistematizador do pensamento liberal-capitalista.

Não se pode, porém, dizer que os interesses específicos do consumidor passaram a receber completa proteção, quando o liberal-capitalismo expandiu-se sem fronteiras, a partir de meados do século XIX. O princípio do *caveat emptor*, entronizado pelo direito liberal, significou, de fato, o abandono do consumidor — sobretudo dos mais pobres e ignorantes — ao livre jogo dos interesses dos produtores. Marx não deixou de notar, logo no início do *Das Kapital*, ao descrever o processo de feitura da mercadoria, essa situação de abandono a que fora condenado o consumidor, no sistema industrial capitalista. Numa espécie de reprodução, no terreno econômico, do velho adágio *nemo ius ignorare censetur*, "in der bürgerlichen Gesellschaft", escreveu ele, "herscht die fichte luthi, dass jeder Mensch als Warenkäufer eine enzyklopädische Warenkenntnis besitzt".

Esse estado de coisas só veio a mudar, efetivamente, com o advento da *affluent society* contemporânea, como assinala: E isso deve nos servir de guia para uma análise de direito comparado sobre a proteção do consumidor. Paraceme, de fato, evidente que as normas jurídicas que visam a essa proteção não têm a mesma importância e eficácia social, em países altamente desenvolvidos — como a Alemanha, os Estados Unidos e o Japão — e países de desenvolvimento atrasado, como o Brasil. Segundo avaliação do Banco Mundial, 41% da população brasileira ainda se encontra vegetando em estado de miséria absoluta; ou seja, padece graves carências nos setores básicos de alimentação, saúde e alojamento. Como não

perceber que, para essa imensa legião de *have-nots*, o que realmente interessa, como questão de pura sobrevivência, é a disposição de quantidades mínimas de produtos de consumo essencial, e não tanto a melhor qualidade destes? Sem dúvida, a ausência de controle eficaz sobre a qualidade ou o preço das mercadorias prejudica, sobretudo, a população mais carente. Os norte-americanos têm toda a razão de dizer que *poor pays more*, como regra geral. Mas é de se indagar se o sistema jurídico de proteção ao consumidor, que copiamos largamente dos países desenvolvidos, é realmente adaptado à situação dessa massa de miseráveis, ou, ao contrário, só tem eficácia para os 59% de brasileiros que vivem acima da miséria e podem, por isso mesmo, pelo menos teoricamente, utilizar os mecanismos jurídicos de preservação da qualidade dos produtos oferecidos à venda.

É essa, segundo me parece, a verdadeira *prudencia iuris* que se exige de todo aquele que procura julgar o grau de proteção efetiva que os consumidores podem esperar, no Brasil, das normas contidas na Constituição de 1988.

Para maior clareza, dividirei esta exposição em duas partes, dedicada a primeira à qualificação das normas constitucionais de proteção ao consumidor, e a segunda às garantias de aplicação de tais normas.

II — A natureza jurídica das Normas de Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira

Tirante a regra transitória que mandou fosse elaborado um código de defesa do consumidor (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48), disposição já cumprida com a promulgação da Lei 8.078, de 11.9.90, encontramos várias normas destinadas à proteção de consumidores ou usuários de serviços, na nova Constituição.

Essas normas constitucionais são de diferentes espécies. Há, em primeiro lugar, a disposição do art. 5.º, XXXII, inserida no título dos direitos e garantias fundamentais, segundo a qual "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Além disso, no art. 170, V, a Constituição declara que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica. Em terceiro lugar, destaca-se o disposto no art. 24, VIII, atribuindo competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor. Finalmente, existem normas específicas sobre certos tipos de consumidor. São elas: a) a do art. 150, § 5.º, que manda determine a lei "medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos (e não dos outros tributos, por consequente) que incidam sobre mercadorias e serviços"; b) a que manda disponha a lei sobre os direitos dos usuários de serviços públicos (art. 175, parágrafo único, II); e) as normas do art. 220, § 4.º, sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias — na imprensa, rádio e televisão; e a do art. 221, sobre as diretrizes a serem observadas quanto à produção e à difusão de programas de rádio e televisão.

Dessas diferentes espécies de normas que tratam dos consumidores, apenas duas nos interessam aqui: a do art. 5.º, XXXII, inserida no título dos direitos fundamentais, e a do art. 170, V que declara a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica. São elas, com efeito, que definem o lugar do consumidor, no sistema constitucional brasileiro. As demais disposições, pelo seu caráter específico, devem ser interpretadas à luz dos resultados hermenêuticos a que chegamos quanto àquelas outras.

Isto posto, o que se deve indagar, preliminarmente, é se a norma do art. 5.º, XXXII, declarando que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", cria, efetivamente, um direito fundamental.

Na vigência da 1.ª revisão da Constituição portuguesa, os seus mais autorizados intérpretes consideravam que a declaração de que "os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos e à reparação de danos" representava a criação de autênticos direitos fundamentais "fora do catálogo" (J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., v. 1.º, Coimbra, 1984, p. 475).

Não me parece que o mesmo possa ser afirmado da disposição do art. 5.º, XXXII de nossa Constituição. Não é apenas o fato de que, aí, não se fala expressamente em "direitos"; o emprego desse termo não significa, necessariamente, que a norma criou autênticos direitos subjetivos. O que importa, na verdade, é saber se se está ou não diante de situações subjetivas em que alguém possa, efetivamente, exigir algo de outrem, ou seja, tenha uma *pretensão* (*Anspruch*), exercitável por meio de ação judicial ou procedimento administrativo. A pretensão, como demonstrou a recente doutrina alemã, é também elemento integrante do direito subjetivo público (cf. Wilhelm Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, p. 54 e ss.).

Para que isso se verificasse, seria preciso que todo consumidor fosse titular, contra o Estado (em que extensão subjetiva: toda e qualquer pessoa jurídica de direito público interno e, também, todas as entidades da chamada Administração Pública Indireta?), de uma pretensão a uma prestação determinada, referida genericamente no citado

dispositivo de nossa Constituição, não pode ser considerada uma prestação pública determinada. Ademais, a referência à mediatização da lei parece indicar que nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei. E bem verdade que a Constituição criou, para a hipótese de inconstitucionalidade por omissão legislativa, o remédio do mandato de injunção (art. 5.º, LXXI). Mas essa omissão de lei complementadora de norma constitucional, para poder ser remedada por via do mandato de injunção, há de ser, segundo entendendo, precisa e determinada: ou seja, referir-se à pretensão a determinada prestação estatal.

Na doutrina constitucional alemã, aliás, já se sustentou que os direitos humanos de conteúdo social não constituem autênticos direitos subjetivos fundamentais (cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15.ª ed., Heidelberg, 1985, n. 2891).

A meu ver, a declaração contida no art. 5.º, XXXII da Constituição de 1988 deve ser interpretada de forma vinculada ao princípio constante do art. 170, V, ou seja, como um elemento diretor da ordem constitucional objetiva.

Mas o que é um princípio constitucional e em que medida diferenciase ele das outras normas declaradas na Constituição?

Embora o termo seja plurissêmico, deve-se entender por princípio, na teoria constitucional, a norma superior que determina a interpretação e a própria criação de outras normas, no sistema da Constituição. Os princípios constitucionais podem ser explícitos ou implícitos. Podem, ademais, referir-se a todo o ordenamento constitucional — e são chamados, por isso mesmo, princípios fundamentais — ou apenas a uma parte dele, como os princípios da ordem política ou da ordem econô-

mica. Ademais — terceira classificação — há princípios programáticos e não-programáticos. Os primeiros não têm apenas um conteúdo negativo, fixando limites à atuação do legislador ou do aplicador da lei, mas apresentam também uma eficácia positiva, no sentido de que impõem aos Poderes Públicos o desenvolvimento de uma política pública, ou programa de ação.

A defesa do consumidor é declarada, no art. 170, como princípio geral da atividade econômica, o que já dá uma idéia precisa de como o constituinte brasileiro de 1988 entendeu as relações de consumo. O consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado unicamente como agente econômico.

Por outro lado, a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*). A expressão designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação, a política pública desenvolve um atividade, i.é., uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade; imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas *normas-objetivo*, cujo conteúdo, como já se disse, é um *Zweckprogramm* ou *Finalprogramm* (cf. Koch-Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munique, 1982, p. 85 e ss.). Quer isto dizer que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. É claro que a implementação desses meios exige a edição de normas — tanto leis, quanto regulamentos de Administração Pública; mas essa atividade normativa não exaure, em absoluto, o conteúdo da *policy*, ou programa de ação pública. É preciso não esquecer que esta só se realiza mediante a organização de re-

ursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no organograma. Parece claro, nessas condições, que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor não representou, de forma alguma, o inteiro cumprimento do princípio constitucional.

Importa, ademais, notar que o objeto dessa proteção não é o consumidor, como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas, e inspirando diferentes graus de proteção. Há, com efeito, atos de consumo desestimulados, contra os quais o consumidor pode e deve ser protegido. Assim, por exemplo, pelo disposto no art. 220, § 3.º — II e § 4.º, devem ser estabelecidos "os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". De modo mais preciso, o § 4.º desse art. 220 prescreve que "a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais (...) e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso". Preciso, assim, o objeto do princípio constitucional de proteção ao consumidor, vejamos agora a sua posição hierárquica no sistema da Constituição.

Ele está situado, como se assinalou, no título da ordem econômica e financeira, entre os princípios gerais da atividade econômica. Nessas condições, se devemos subordiná-lo aos princípios fundamentais da organização constitucional, expressos no título I (notadamente que um desses princípios fundamentais, a saber, a soberania nacional, é referido no título da ordem econômica e financeira), não há por que distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princí-

pios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego, nem, inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor. O mesmo se diga do Judiciário, na solução de litígios interindividuais, à luz do sistema constitucional.

Surge aí, no entanto, uma dificuldade exegética. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa vêm enunciados, tanto no pórtico da Constituição — como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV) — quanto no *caput* do art. 170 — como princípio geral da atividade econômica. Mas ainda, no inc. IV deste mesmo artigo, mencionase igualmente a livre concorrência como princípio da ordem econômica.

Comecemos por esta última expressão: livre concorrência. Não se pode nela vislumbrar nenhuma distinção conceptual de importância, relativamente à livre iniciativa. Ainda que se entenda, de maneira restritiva, que esta última corresponde à liberdade de instalação e ingresso no mercado — *freie Gründung* — e aquela, à livre atuação no mercado — *freie Fñhrung* — é impossível negar que ambas constituem aspectos ou elementos indissociáveis da liberdade de empresa como um todo (cf. Hans-Jürgen Papier, *Grundgesetz und Wirtschaftsordnung*, in *Handbuch des Verfassungsrechts*, editado por Ernst Benda, Werner Maihofer e Hans-Jochen Vogel, Berlin e Nova York, 1985, p. 626 e ss.).

Será possível afirmar que a proteção ao consumidor deve subordinar-se ao princípio da liberdade empresarial? Não é, pelo contrário, o inverso que deve ser sustentado, como advertiu lucidamente Adam Smith? Faz sentido defender-se, ainda hoje, que a livre con-

corrência é garantida pelo Estado em benefício dos próprios concorrentes e não do mercado como um todo e do consumidor em especial, como razão de ser e objetivo dessa liberdade empresarial? Contra o que deve o consumidor ser protegido, senão contra os interesses próprios dos produtores e distribuidores de bens, ou prestadores de serviços? De que maneira se pode dar algum sentido concreto e coerente ao mandamento constitucional de defesa do consumidor, se este há de se submeter ao interesse dos empresários?

Pela simples formulação dessas questões, bem se vê que a interpretação dos princípios constitucionais não pode ser feita em função, unicamente, de sua localização no texto. Seria isto sucumbir à mera aparência da exegese literal do direito: método universalmente desprezado, nos dias que correm. Não há, pois, como se negar que o princípio constitucional de proteção ao consumidor tem, pelo menos, a mesma importância hierárquica que o da livre iniciativa e atuação empresarial.

O mesmo se diga quanto ao relacionamento do princípio de defesa do consumidor, com o de "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte" (art. 170, IX). Não há por que sobreporem um ao outro: ambos, ao contrário, devem ser combinados de forma harmônica.

Já, porém, no tocante aos dispositivos do art. 171, os quais facultam a concessão de benefícios legais a empresas brasileiras de capital nacional que desenvolvam atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País, assim como às que atuem em setores imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional, a solução me parece diferente. Essas normas do art. 171 costumam ser apresentadas como

legitimadores da política de reserva de mercado, muito desenvolvida desde os anos 70. Os defensores dos interesses da indústria nacional de informática, em particular, contavam com essa proteção constitucional para manter em seu benefício a reserva de mercado criada com a Lei 7.232, de 29.10.84.

A meu ver, porém, os dispositivos do art. 171 não configuram um princípio constitucional e, sim, meras normas constitucionais particulares. Princípio constitucional, como assinalai, é o "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte", o que não é a mesma coisa, pois refere-se à dimensão da empresa e não à importância de sua atividade para a defesa nacional ou o desenvolvimento tecnológico do País.

O que se verifica na realidade econômica, aliás, é que a reserva de mercado de certos produtos ou serviços em benefício de empresas brasileiras de capital nacional antes desserve do que beneficia o consumidor brasileiro; e isto, não só em termos de preços, como de qualidade dos produtos ou serviços. Vale notar, de resto, que a reserva de mercado para os empresários nacionais nada mais é do que o prolongamento da velha política mercantilista europeia do século XVIII, contra a qual insurgiu-se Adam Smith, ao apontar o fato de que o objetivo natural e racional de todo sistema econômico é o de servir os consumidores e não os produtores.

Por essas razões, entendo que a compatibilidade, com a nova Constituição, das diferentes políticas de reserva de mercado — em especial daquela criada pela Lei 7.232 para o setor de informática — somente pode ser sustentada, quando se está diante de empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, por aplicação do princípio inscrito no art. 170, IX. Fora dessa hipó-

tese, a inconstitucionalidade é indescartável.

Configurada, assim, a política de proteção ao consumidor como princípio constitucional, importa verificar, agora, de que maneira pode ela ser juridicamente garantida.

III — As garantias de respeito ao Princípio Constitucional de Defesa do Consumidor

Característica essencial dos princípios constitucionais de caráter programático, como acima se salientou, é o fato de imporem a realização de uma política pública e, por conseguinte, de gerarem novas normas jurídicas, em aplicação desse programa de ação. Há sempre, pois, em relação a princípios dessa espécie, uma dupla eficácia: negativa e positiva. De um lado, não pode o legislador, ou a administração pública, editar norma conflitante com o objetivo do programa constitucional. De outro lado, os Poderes Públicos têm o dever de desenvolver esse programa, por meio de uma ação coordenada.

Em suma, o desrespeito a princípios dessa espécie pode configurar uma inconstitucionalidade comissiva ou omissiva.

Em relação à primeira, a clássica garantia consiste na invalidação da lei ou ato administrativo, pelo Judiciário. É o instituto do *judicial control* — por si, meramente implícito e não expresso na Constituição americana — instaurado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre precedente *Marbury vs. Madison*, de 1803.

A Constituição brasileira de 1988 manteve a dupla via de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, já existente na ordem constitucional precedente. Esse juízo de inconstitucionalidade pode ser incidente a uma ação com ou

finalidade, ou realizar-se por meio de ação direta visando àquele objetivo.

A novidade, em relação ao sistema constitucional anterior, consistiu na ampliação da *legitimatio ad causam* para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Doravante, não é apenas o Procurador-Geral da República que pode pedir ao Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da Administração Pública, mas também o Presidente da República (o que era implícito no sistema anterior, pois o Procurador-Geral da República era por ele nomeado e demitido *ad nutum*), a Mesa de cada uma das Casas do Congresso, a Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado, ou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e contendação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103). Nota-se, portanto, que se as associações de consumidores desejarem obter o julgamento de inconstitucionalidade de alguma lei ou ato normativo estarão obrigadas a conseguir que alguma dessas pessoas ou entidades promova a competente ação.

A maior dificuldade, no entanto, não está aí, a meu ver, mas na própria caracterização dessa inconstitucionalidade. Sendo a proteção ao consumidor um princípio-programa, o seu desrespeito comissivo não se mede por questões de competência ou de forma e, sim, de incompatibilidade com o objetivo desse programa de ação, imposto pela Constituição. Estamos, aí, diante de uma realidade imprecisa, de natureza econômica, e não perante uma formalidade jurídica. Ora, os Juízes brasileiros — e todos os profissionais do Direito, de modo geral — não parecem ter formação suficiente para fazer esse tipo de análise econômica. Por conse-

quinte, tirante as hipóteses de clara e grave lesão ao interesse do consumidor, não creio que a garantia da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da administração possa ser usada eficientemente entre nós, pelos menos por enquanto.

Seja como for, é curial lembrar que os princípios constitucionais são vinculantes para as três esferas de organização política federativa: não são apenas as autoridades da União que devem a eles submeter-se, mas também as dos Estados e Municípios.

Quanto a estes últimos, aliás, cabe assinalar que a tradicional competência de fixação de horários de abertura de estabelecimentos comerciais, considerada integrante do poder de polícia administrativa municipal, já não pode ser exercida sem a criteriosa consideração do princípio constitucional de proteção ao consumidor. Parece-me, assim, insustentável que as autoridades municipais possam restringir os horários de abertura de farmácias, por exemplo, e ampliar praticamente sem limites os horários de funcionamento de bares e locais de venda de tabaco.

Tudo isto, quanto à inconstitucionalidade comissiva, em relação ao princípio de defesa do consumidor. Mais delicada, ainda, porém, é a questão de uma eventual garantia positiva de atuação desse princípio constitucional; vale dizer, a possibilidade jurídica de se compelirem os Poderes Públicos — o Legislativo e o Executivo — a realizar o programa de defesa do consumidor, exigido pela Constituição.

É verdade que a Constituição de 1988 criou um remédio judicial específico para a inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI). Mas limitou-o à hipótese de carencia de normas ("falta de norma regulamentadora"), a qual "come inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogati-

vas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Como assinalei acima, a declaração constitucional constante do art. 5.º, XXXII, segundo a qual "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", não configura a criação de um direito subjetivo fundamental, pois não cria nenhuma penelensão do particular contra o Poder Público.

Por outro lado, como se viu, o princípio constitucional de proteção ao consumidor implica a realização de uma vasta política pública ou programa de ação. Ora, as políticas públicas não se reduzem à edição de normas, mas compreendem também a organização de recursos — pessoais e materiais — expressos num orçamento-programa e desenvolvidos numa atividade pública de longa (ou permanente) duração. A prova do que acabo de afirmar pode ser dada pela consideração da Lei 8.078, de 11.9.90. Teria a promulgação desse código de defesa do consumidor representado a aplicação integral e definitiva do princípio constitucional? Parece evidente que não. A citada lei constitui apenas um dos múltiplos aspectos desse vasto programa de ação. Ela é, não-só, um início.

A rigor, no estado atual das licenças constitucionais, a garantia de realização de políticas públicas só se realiza, com alguma efetividade, em regimes parlamentares ou semi-parlamentares. Isto é, em sistemas de governo que submetem os membros do Poder Executivo a uma responsabilidade política perante o Parlamento. Num sistema de rígida separação de Poderes, como o que existe, tradicionalmente, no presidencialismo brasileiro, não há como se compellar o governo a realizar programas de ação. Observe-se que essa rigidez do sistema presidencial de governo, no Brasil, é bem maior do que a existente nos Estados Unidos, berço do presidencialismo. Naquele país, não só

o Congresso tem poderes para impor políticas ao Executivo, no campo interno ou externo, como ainda possui a iniciativa das leis orçamentárias. Entre nós, essas resoluções políticas vinculantes para o governo nunca existiram, e o Poder Executivo tem a iniciativa exclusiva em matéria de leis orçamentárias (art. 163).

IV — Considerações conclusivas

Como remate desta exposição, seja-me permitido voltar à linha de considerações que levantei no início.

Abandonada a ilusão "purista" de uma análise jurídica conduzida em termos de exatidão matemática, ou de rigorosa lógica conceitual, é preciso que o jurista contemporâneo se debruce longamente sobre a realidade social, onde o Direito só é vigente na medida em que vive na consciência coletiva e não é afastado por incompatibilidade radical de condições de vida.

Não é este o caso, segundo penso, do princípio constitucional de defesa do consumidor no Brasil. Como observei de início, em uma sociedade em que mais de 40% da população é farragamente carente dos bens de primeira necessidade, não é certamente a qualidade das mercadorias ou serviços que constitui a principal preocupação das grandes massas proletárias. Por outro lado, não podemos nos esquecer de que a informação e a formação do consumidor — objetivos fundamentais de toda política pública nesse setor, como se lê na Constituição espanhola — somente podem se realizar com eficácia por via da comunicação escrita: dos rótulos ou invólucros de mercadorias, às bulas de medicamentos e aos manuais de utilização de produtos perigosos. Ora, segundo dados oficiais, o analfabetismo absoluto alcança 22,2% da população brasileira de mais de 15 anos; e o analfabetismo funcional (a incapacidade de

entendimento do texto lido) é, sem dúvida, muito maior.

Ademais, a experiência estrangeira tem demonstrado que a melhor proteção do consumidor é a autoproteção, por meio da criação de associações privadas e o desenvolvimento de ações populares ou *class actions*. Entre nós, no entanto, a tradição cultural ibérica, marcada pelo individualismo exacerbado e a ausência de espontânea organização social, dificulta sobremaneira a expansão do movimento associativista. Ele fica praticamente confinado aos estratos médios da população, que estão longe de ter um peso social comparável ao das classes médias em países desenvolvidos, além de sofrerem relativamente mais em épocas de recessão econômica, do que as classes pobres, como acontece na presente conjuntura.

Em conclusão, se a consagração do princípio da defesa do consumidor na Constituição brasileira de 1988, representou inegável progresso no plano nor-

mativo, é mister afastar desde logo a ilusão, tão difundida na América Latina, de que os problemas sociais se resolvem pela simples edição de normas jurídicas. Especificamente, no campo da proteção ao consumidor, a verdadeira solução dos problemas depende, antes de tudo, do desenvolvimento nacional, com o crescimento econômico auto-sustentado e a progressiva igualização de condições de vida. Nesse quadro de uma política desenvolvimentista global, as questões de proteção ao consumidor devem ser equacionadas de forma prudente e metódica, com o estabelecimento de metas concretas, factíveis dentro de certos períodos de tempo — e não com a fixação de objetivos grandiosos, a serem alcançados em pouco tempo.

É indispensável, enfim, criar um direito apropriado à realidade brasileira, dotado de mecanismos aptos a impor a realização de políticas públicas realistas.