Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

1-1-2002

GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO E DIREITO DO CONSUMIDOR

Ronaldo Porto Macedo Jr

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation
Macedo, Ronaldo Porto Jr, "GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO E DIREITO DO CONSUMIDOR" (2002). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.* Paper 8.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/8

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO
E DIREITO DO CONSUMIDOR

Ronaldo Porto Macedo Júnior[1]

1. Globalização: para além do lugar-comum

Hoje em dia, não apenas a palavra globalização virou lugar-comum como também esta constatação trivializou-se nos meios acadêmicos e na mídia. Isso, contudo, não nos exime de ao falar do tema da globalização, regulação e direito do consumidor definir tal conceito. Para os propósitos deste artigo poder-se-ia definir provisória e preliminarmente globalização como um processo de natureza econômica e política marcado pelas seguintes características: a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais e de consumo; c) enfraquecimento da idéia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais.

Estas características devem ser entendidas com cautelas. Isso porque, conforme observa José Luiz Fiori, "o processo de globalização é tudo menos global, na medida em que é altamente seletivo, indutor de dualismo, e dependente de estratégias políticas de alguns Estados-nação que continuam demonstrando grande vigor".[2] A globalização, enfim, é processo contraditório, seletivo e que oferece perspectivas diferenciadas para cada país. Nesse sentido, constitui-se um erro acreditar que a globalização é resultante exclusiva de forças de mercado, negligenciando o imenso papel desempenhado pelo Estado no estímulo e regulação da atividade produtiva e do próprio mercado de consumo. Por esse mesmo motivo,

---

[1] Professor de Filosofia do Direito na Escola Paulista da Advocacia e School of Global Law (SP), Conselheiro do CADE. Mestre em Filosofia e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Visiting Scholar na Harvard Law School (1994-1996).

a crença na idéia de que a globalização promove uma redução pacífica e inevitável da soberania dos Estados nacionais é bastante questionável. Por fim, igualmente falso é crer que a globalização constitui um fenômeno universal, inclusivo e homogeneizador, ignorando o forte dualismo econômico e a exclusão econômico-social ao qual está relacionada.

Freqüentemente dois fenômenos têm sido associados ao fenômeno da globalização. O primeiro refere-se a outro conceito-valise ("portmanteau-word", de acordo com Lewis Carrol) de amplo espectro semântico, também altamente polêmico: o pós-modernismo. Sem adentrar em mais um grande debate, caberia destacar que o pós-modernismo pode ser definido como uma nova sensibilidade diante do mundo. Trata-se, na verdade, da criação de um nova "forma de vida", estilo de sociabilidade, padrão de consumo e apreensão teórica do mundo.[3] Usualmente tal conceito tem sido mais utilizado para descrever as diferenças culturais e sensíveis (estéticas) do mundo globalizado. O segundo conceito é o de sociedade pós-industrial, que vem sendo empregado para descrever as transformações econômicas e sociais do mundo globalizado.[4] É certo, contudo, que existe uma imensa região de interseção semântica coberta pelos conceitos de globalização, pós-modernismo e sociedade pós-industrial, cujos contornos demandariam um esforço analítico estranho aos propósitos deste ensaio.

A globalização, assim entendida, não se confunde com uma etapa inexorável do processo histórico, mas descreve uma nova fase do capitalismo mundial, marcada pela transformação dos arranjos institucionais (econômicos e políticos), hábitos, cultura e apreensão teórica do mundo anteriormente existentes. Como se vê, a definição inicial era mesmo precária, devendo servir apenas como ponto inicial para a reflexão que se segue.

---

[2]. "O Papel do Estado na Globalização", in *Os Moedeiros Falsos*, Vozes, Petrópolis, 1997, 2ª ed., p. 236.

[3]. Cf. David Harvey, *The Condition of Postmodernity. An Inquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge, Massachusetts, Blackwell, 1990 e Fredric Jameson, *Postmodernism or the Cultural Logic of Late Capitalism*, Duke Unversity Press, 1994.

[4]. Na esteira dos trabalhos de Adorno e Horkheimer, outros autores como Habermas e Offe empregam o conceito de c*apitalismo tardio* para descrever fenômeno semelhante. Sobre essas questões conceituais veja-se Ash Amin, "Post-Fordism: Models, Fantasies and Phantoms of Transition", in *Post-Fordism. A Reader*, edited by Ash Amin, Oxford, UK, Blackwell Publishers, 1994.

É possível identificar grandes temas que revelam o impacto da globalização para o direito regulatório e do consumidor. São eles: a) as mudanças no processo produtivo e no mercado de consumo; b) a transformação da sociedade de consumo de bens numa sociedade de consumo de serviços; c) mudança nas práticas contratuais de consumo e o crescimento dos contratos relacionais; d) os desafios para combater as práticas abusivas produzidas dentro de uma sociedade e estrutura econômica dual; e) Os efeitos da pós-modernidade na cultura jurídica e a crise do paradigma jurídico dominante; f) a formação dos mercados regionais e os riscos da uniformização; g) a nova importância das agências regulatórias e os desafios lançados do ponto de vista jurídico (em que medida sua configuração jurídica se harmoniza com a tradição do direito administrativo brasileiro[5]), político-institucional (como associar flexibilidade, autonomia, independência com o controle democrático e a *accountability* desta agências. Ademais, como assegurar sua eficácia e enfrentar os riscos de captura) Esses são os temas que procurarei abordar neste ensaio.

2. Mudanças na estrutura produtiva e no mercado

A globalização afeta o direito do consumidor e o direito regulatório de diversas maneiras. Em primeiro lugar, ela reforça e é estimulada por um poderoso movimento de reestruturação produtiva que se verifica no capitalismo moderno, gerando impacto direto na sociedade de consumo.

A partir do final do século XIX a produção industrial capitalista ganha novos contornos, especialmente em países economicamente emergentes como os Estados Unidos. A forma de produção até então dominante, a chamada produção manufatureira ou artesanal, é

[5] - Sobre o assunto entendo ser de particular relevância os trabalhos de Jerry Mashaw, como *Conflict and Compromise among models of Administrative Justice*, 1981 Duke Law Journal. Até o presente momento inexiste trabalho ou pesquise que análise em profundidade as novidades trazidas pela justiça administrativa no direito brasileiro. Não obstante, as questões estão sendo enfrentadas pelos tribunais, como o revelam recentes decisões do CADE, como por exemplo, Pedido de Reconsideração na Impugnação ao Auto de Infração, n.º: 0080/2000, em que são requerentes Sonaiemo Empreendimentos e Com. Ltda e Enplanta Engenharia Ltda.

substituída pela produção de massa (ou fordista). A exemplo do que ocorrerá com a economia americana, as demais economias capitalistas dinâmicas, até então fragmentadas na forma de ilhas de mercados locais, passaram a formar mercados nacionais. Tal processo de integração da produção industrial aos mercados nacionais se deu paulatinamente e acompanhou a expansão da oferta dos serviços de correio, estradas de ferro e outros canais de comunicação, sem os quais ela seria inviável.[6]

Nessa época, os produtores que obtiveram sucesso adquiriram vantagens no mercado pela sua capacidade de responder de maneira rápida e flexível aos sinais do mercado competitivo. Frente às primeiras ameaças de concorrência no tocante a preço, qualidade, demanda e entrega, os produtores melhor adaptados ao novo tipo de produção esforçaram-se no sentido de se tornarem capazes de reajustar e reformular seus processos produtivos de modo a atingir ou superar as exigências e variações do mercado. Tal capacidade de rápida reformulação estava apoiada numa estratégia industrial baseada no uso de um tipo de maquinaria capaz de realizar processos múltiplos e diversificados e numa planta funcional que permitia a produção de pequenas quantidades de mercadorias.

A produção manufatureira apresentava, em relação às formas de organização da produção que a sucederam, as seguintes características gerais: a) baixos índices de produção e produtividade; b) grande inventividade; c) altos custos com o trabalho direto e d) produção de bens caros e de baixa qualidade. Por outro lado, ela oferecia ao mercado uma grande gama de produtos rapidamente especializados, que apresentavam um reduzido tempo de produção e baixo custo de investimento.[7]

No início do século XX a formação de mercados nacionais e a introdução de novas tecnologias aplicadas à produção forneceram outras oportunidades ao mercado, provocando a absorção de uma nova forma de estratégia industrial. As empresas voltadas para a produção

---

[6]. Apóio-me aqui nos trabalhos de Michael Piore e Charles Sabel, *The Second Industrial Divide Possibilities for Prosperity*, NY, Basic Books, 1984 e de Alfred D. Chandler, *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge, Massachusetts,

de massa aos poucos passaram a dominar o mercado devido a sua habilidade de fornecer grandes quantidades de bens padronizados por baixos custos aos mercados nacionais. Isso foi feito graças à introdução de linhas de produção e aplicação de novas formas de gerenciamento do processo produtivo. Ao mesmo tempo, elas passaram a dominar os mercados que se expandiam e desencorajaram a entrada de novos competidores por meio da economia de escala. A produção em massa requeria maquinaria específica e um plano de produção fixo.

Os produtores de massa tinham que manter o pleno funcionamento das linhas de produção para garantir o retorno do investimento realizado. Em razão da demanda de grande investimento inicial, a produção voltada para grandes volumes não poderia estar sujeita a interrupções ou diminuições bruscas sem que isso implicasse grandes prejuízos para o empresário capitalista. A produção de massa exigia um mercado de consumo de massa que a estabilizasse. Assim, o planejamento industrial de longo prazo procurou prever e criar técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que garantissem a plena utilização da linha de produção implantada.

Em síntese, pode-se dizer que a produção de massa permitiu que se atingissem maiores níveis de produção, produtividade e qualidade industrial, com menor quantidade de trabalho envolvido, ao preço de maiores investimentos de longa maturação, que exigirão maior planejamento e estabilidade e duração nas relações contratuais. Desde então, uma das tarefas básicas do planejamento foi a de garantir a ótima adequação entre fornecimento de insumos, capacidade produtiva e consumo de bens pelo mercado.

O efeito mais notável dessa nova forma de produção para o mercado de consumo foi a oferta de produtos padronizados produzidos em massa e vendidos também em massa, através de contratos de adesão. Conforme observa David Harvey, “o fordismo do pós-guerra deve ser

---

Harvard University, 1977.

[7]. A. Chandler, *The Visible Hand*, ob. cit., pp. 13-75.

visto menos como um mero sistema de produção de massa e mais como um completo estilo de vida. Produção de massa significou a padronização dos produtos, assim como o consumo de massa; e isto significou toda uma nova estética e a mercantilização da cultura”.[8]

A partir da metade dos anos 70, a internacionalização dos mercados de produtos e a sua saturação, a introdução de novas tecnologias de produção e informação, as novas técnicas de gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram a oportunidade para uma nova estratégia industrial (“especialização flexível”) e dinâmica das relações contratuais. Chegamos mais perto do ponto de mutação em direção àquilo que hoje chamamos de globalização.

A estratégia de especialização flexível ou pós-fordista visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único. A oferta de um bem único permite a criação de um nicho, o que por sua vez permite a manutenção de alto grau de lucratividade e estabilidade comercial. Isso, entretanto, requer a constante mudança do produto, a combinação de inovação com formas flexíveis de produção.

A flexibilidade de curto prazo é obtida pela estratégia de uso de maquinaria numa planta de trabalho de grupo para produzir quantidades médias de produtos especializados. O maquinário empregado permite usos múltiplos em diversas tarefas, o que faculta a mudança rápida de produto, conforme os sinais de demanda do mercado. A organização das máquinas agora por grupo de trabalho, isto é, um conjunto de pessoas associadas para o desempenho da tarefa da produção, e não por função, permite a diversificação da produção para diferentes produtos e diferentes clientes. Cada parcela do “grupo produtivo” atua como unidade autônoma capaz de alcançar os objetivos da oferta de produtos únicos para clientes especiais.

Em termos gerais, pode-se dizer que a estratégia da especialização flexível procura manter o pleno uso da capacidade de produção, ao mesmo tempo em que procura reagir

[8]. David Harvey, ob. cit., p. 135.

rapidamente (através da inovação do produto) às constantes mudanças no mercado e no plano de produção. Ambas as características são obtidas através do planejamento de longo prazo que, todavia, é revisto diariamente. Assim, por um lado, a produção é planejada tendo-se em vista a sua manutenção por lapsos temporais prolongados e prevendo-se a continuidade das relações de troca. Um exemplo desse tipo de estratégia pode ser encontrado na associação de empresas em redes produtivas tendo em vista a produção de bens no setor têxtil, informática ou indústria automobilística. Tal estratégia produtiva exigirá esforços cada vez maiores de cooperação econômica e solidariedade de interesses estratégicos.[9] Por outro lado, o planejamento de longo prazo é constantemente revisto e retificado, de modo a acompanhar as mudanças impostas pela rápida dinâmica do mercado. O recurso a plantas de produção não-rígidas, trabalho qualificado facilmente remanejável capaz de executar diferentes tarefas após rápido retreinamento e maquinaria produtiva de uso variado, permitem a revisão contínua e rápida da produção. Isso é também facilitado pelas novas tecnologias de informação, como meios de comunicação rápida e informatização. Diversos exemplos desse tipo de estratégia de especialização flexível podem ser encontrados em empresas que atualmente dominam os mercados industriais de informática, indústria automobilística e farmacêutica.

A especialização flexível, por um lado, apresenta maiores custos que a produção manufatureira, visto envolver automação, alto grau de avanço tecnológico e informação. Por outro lado, no entanto, em contraste com a produção de massa, ela permite a produção de médios lotes de produtos variados, não-padronizados, singularizados em função do mercado e do consumidor.

---

[9]. É vasta a literatura econômica e sociológica sobre as formas cooperativas de organização baseadas na confiança entre empresas e entre estas e os trabalhadores. Estudos empíricos sobre o assunto podem ser encontrados em Ronald Dore, "Goodwill and the Spirit of Market Capitalism", in Mark Granovetter and Richard Swedberg (editores), *The Sociology of Economic Life*, ob. cit. e *Flexible Rigidities: Industrial Policy and Structural Adjustment in the Japanese Economy 1970-1980*, Stanford, Stanford University, 1986; Charles Sabel, "Studied Trust: Building New Forms of Co-operation in a Volatile Economy", in *Industrial Districts and Local Economic Regeneration*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 1992; Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press, 1975; Edward H. Lorenz, "Neither Friends nor Strangers: Informal Networks of Subcontracting in French Industry", in Diego Gambetta (editor), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Basil Blackwell, Great Britain, 1988.

Essa nova forma de estruturação da economia, estimulada pela sensível ampliação dos mercados mundiais, também afetará os hábitos e práticas de consumo. O mercado de massa passará a dar lugar a um mercado voltado para o exclusivo, o diferenciado, personalizado. O mercado passará a estar marcado por um dualismo que admitirá a coexistência de produtos de consumo de massa (produção fordista) e produtos a serviços mais personalizados e dirigidos a nichos de consumo sofisticados (produção pós-fordista ou especialização flexível).

Conforme aponta David Harvey, a "acumulação flexível (ou pós-fordista) foi acompanhada pelo lado do consumo, por uma atenção muito maior às mudanças rápidas de moda e mobilização de todos os artifícios de induzimento de necessidades e transformação cultural que isso envolve. A estética relativamente estável do modernismo fordista deu lugar a todo fermento, instabilidade e qualidades passageiras de uma estética pós-moderna que celebra a diferença, o efêmero, o espetáculo, a moda e a mercantilização das formas culturais".[10]

3. A sociedade de serviços e o consumidor

Uma das mais importantes repercussões geradas por tais transformações no mercado de consumo é a substituição da sociedade de consumo de bens por uma sociedade de serviços. Cada vez mais o mercado de consumo é um mercado de serviços. Segundo o mesmo autor: "Estas mudanças no lado do consumo, associadas com mudanças na produção, coleta de informações e financiamento, parecem sublinhar um notável crescimento proporcional no emprego de serviços desde os anos 70.[11]

---

[10]. David Harvey, ob. cit., p. 156.

[11]. David Harvey, ob. cit., p. 156. Segundo dados da OECD Labour Force Studies, o número de trabalhadores empregados no setor de serviços (em comparação com a agricultura e indústria) aumentou de 58.1% em 1960 para 62.6% em 1973 e 66.4% em 1981. Para o mesmo período a França aumentou de 39.8%, 48.9% e 56.2%, o Japão 41.3%, 49.3% e 54.7% e a média entre os países industrializados alterou-se de 43.0% para 51.5% e 56.3%.

As implicações da "sociedade de serviços" para o direito do consumidor e para a regulação são diversas. Os contratos de consumo passam a adquirir uma dimensão cada vez mais relacional.[12] As relações de consumo de serviços são elas mesmas transações mais relacionais em relação à compra e venda de produtos. Tal fenômeno, por sua vez, gera duas modificações sensíveis na prática contratual num mundo globalizado. Por um lado, afeta a principiologia do direito contratual dominante. As premissas microeconômicas neoclássicas, fortemente enraizadas na doutrina contratual clássica, passam a ser duramente questionadas pela nova ordem econômica. Por outro lado, os mecanismos tradicionais de proteção do consumidor, através da apresentação de demandas judiciais ("litigation"), sejam elas individuais ou transindividuais, se demonstram insuficientes para coibir abusos. A natureza relacional desse tipo de relação jurídica apresenta novos e difíceis desafios para o direito do consumidor tradicional.

Em razão desse mesmo motivo, cada vez mais são necessárias agências administrativas reguladoras e monitoradoras do mercado, especialmente para o controle dos abusos praticados em áreas de prestação de serviços de consumo marcadamente relacionais como saúde, seguros, serviços bancários, contratos previdenciários ou controle de qualidade de produtos que envolvem alta tecnologia, como produtos farmacêuticos, cosméticos, eletrônicos, etc. Nesse sentido, o direito do consumidor num mundo globalizado e pós-industrial aponta para a crescente necessidade e importância de agências como o CADE

---

[12]. As principais diferenças entre os contratos descontínuos ou autônomos (por exemplo a compra e venda de bens de consumo não-durável) e os contratos relacionais ou contratos de longa duração podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto e design, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. Desde já, a própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste, tal como formalizado pela teoria neoclássica, começa a se demonstrar insuficiente em face do aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, um caráter processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em terceiro lugar, em substituição às cláusulas de reajuste, os contratos relacionais incluem cláusulas estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual. Desse modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação interorganizacional no produto, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. O equilíbrio contratual nas relações de consumo passa a ser regulado juridicamente não a partir da premissa da existência de contratantes individualistas maximizadores de vantagens individuais, mas sim a partir de novos princípios como a *cooperação* e *solidariedade*. Tratei do assunto com detalhe em *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, Max Limonad, São Paulo, 1998.

(Conselho Administrativo de Defesa Econômica[13]), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações[14]), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica[15]), SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária[16]), ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar[17]), ANA (Agência Nacional de Águas)[18], ANP (Agência Nacional de Petróleo[19]) e outros. O futuro do direito do consumidor, nessa perspectiva, caminha para o fortalecimento das agências reguladoras e para o fortalecimento do Estado Gerencial. Essa tendência aparentemente conflita com a visão mais simplista e eufórica da globalização mencionada no início do artigo e, em grande medida, cristalizada no receituário de política econômica conhecido como Consenso de Washington.[20]

Não obstante, ainda não são claros os impactos destas novas agências tanto no mundo jurídico, em face das inúmeras inovações por ela criadas especialmente no tocante a: a)- definição da função normatizadora e a tradição jurídica liberal ainda apegada a uma visão rígida da tripartição dos poderes[21]; b)- os limites do controle judicial da função regulatória; c)- a definição da própria natureza judicante-administrativa de algumas das agências e do CADE[22]; d)- a forma de articulação e coordenação das agências reguladoras[23] (tema que nos

---

[13] – O Tribunal Antitruste Brasileiro que faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência composto ainda por dois outros órgãos, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça. Apesar do CADE já ter 40 anos de existência, sua função e novos poderes e relevância foram fixados com a promulgação da nova lei de concorrência, lei no. 8.884/94.

[14] - Lei 9.295, de 19 de julho de 1996.

[15] Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

[16] Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

[17] Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

[18] Lei 9.984, de 17 de julho de 2000.

[19] Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.

[20]. O Consenso de Washington pode ter suas premissas teóricas assim sintetizadas em dez áreas: a) implementação de disciplina fiscal (ajuste fiscal); b) priorização dos gastos públicos; c) reforma tributária; d) liberalização financeira; e) fortalecimento do regime cambial; f) liberalização comercial; g) estímulo ao investimento estrangeiro direto; h) política de privatização; i) política de desregulação; j) novo regime de propriedade intelectual.

[21] - O assunto comeca a ser discutido no Brasil. Sobre o mesmo veja-se, em especial, José Eduardo Faria (organizador), *Regulação, Direito e Democracia*, Editora Perseu Abramo, São Paulo, 2002; *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (org), Malheiros, São Paulo, 2000 e Calixto Salomão Filho. Regulação da Atividade econômica – princípios e fundamentos. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

[22] - Cfr. nota 5 acima.

[23] - Tema foi objeto de decisão no que tange às competências do CADE e do Banco Central no tocante a competência para a análise concorrencial no setor financeiro na decisão do CADE no caso Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, que eram requerentes: Banco Finasa de Investimentos S/A; Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participação de Representações. Veja-se também Jean Paul Veiga da Rocha, *Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: um modelo para o Brasil*, Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002.

EUA foi em parte abordado sob o título de "primary jurisdictions") e)- A existência de competência concorrente em algumas áreas como a defesa do consumidor e concorrência entre os novos agentes administrativos e o Poder Judiciário f)- a falta de uma clara definição dos deveres de transparência e *accountability* das agências[24].

4. Pós-modernismo jurídico, contratos relacionais e dualismo econômico

As mudanças industriais e sociais geradas pela globalização alteram o solo epistemológico do direito contemporâneo e influem na organização dos princípios jurídicos.[25] Estas mudanças têm sido tratadas com freqüência sob a rubrica de pós-modernismo jurídico.[26] De maneira geral, o pós-modernismo jurídico tem sido caracterizado por uma atitude cética de desconfiança com relação às tentativas de criar uma teoria jurídica totalizante e completa do fenômeno jurídico. Nesse sentido, ele representa uma rejeição às teorias do direito que compartilham a crença comum na possibilidade de sistematização do conhecimento jurídico de maneira coerente através de proposições verificáveis e lógicas sobre a natureza do direito e as técnicas de tomada de decisão jurídica. Exemplo paradigmático dessa concepção moderna do direito à qual ele se revolta é o positivismo jurídico de Kelsen. O pós-modernismo jurídico, em suas múltiplas formulações, apresenta alternativas tópicas e discursos jurídicos pluralistas aplicáveis aos variados contextos sociais. Não cabe aqui discutir o sentido mais profundo dessas mudanças de postura epistemológica diante do direito. Cabe ter presente, contudo, que essas mudanças na forma de conceber e

---

[24] Cfr. Paulo Mattos Todescan, Agências Reguladoras e Democracia: Participação Pública e Legitimidade, mimeo, 2002.
[25]. Cf. José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, Malheiros, São Paulo, 1999.
[26]. Cf. Carlos Alberto Ghersi, *La Posmodernidad Jurídica*, Ediciones Gowa, Buenos Aires, 1995 e Gary Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, 1995.

formular o saber jurídico afetarão diretamente o direito do consumidor, um dos pólos mais dinâmicos da crise paradigmática experimentada pelo direito moderno.[27]

No campo contratual, o principal sintoma dessas mudanças são os contratos relacionais. Tais mudanças não se farão sentir de maneira imediata nos tribunais ou na ação dos operadores do direito. Até o presente momento não há nenhum desafio sério à hegemonia da ortodoxia do direito contratual neoclássico, especialmente no Brasil. Cabe notar, no entanto, que a manutenção do paradigma contratual neoclássico nos tribunais e também na doutrina não significa a inexistência de questionamentos pontuais importantes em sua lógica interna, que paulatinamente vão erodindo os fundamentos dessa mesma teoria. Para entender tal fenômeno é necessário jamais perder de vista o fato de que a mudança de paradigma se faz a partir de transformações ocorridas no interior do próprio paradigma dominante.

A grande mutabilidade da produção que envolve contínuas transações sobre pequenas quantidades de bens altera-se na velocidade do mercado. O mercado de insumos e produtos para consumo torna-se cada vez mais competitivo e internacionalizado (globalizado). A manutenção dos nichos produtivos e de troca, que permite a obtenção de uma certa estabilidade para as empresas, passa a demandar uma contínua, progressiva e intensa inovação na produção e agressivas estratégias de marketing no mercado de consumo. Não é de se estranhar que a publicidade seja uma das áreas que mais tenha se desenvolvido nos últimos anos. Infelizmente, no Brasil, tal crescimento tem estado em descompasso com a defesa do consumidor, que freqüentemente se vê lesado por práticas publicitárias abusivas ou enganosas.

Uma vez que a base da competição é a inovação, são necessárias contínuas transações entre vendedores e compradores, fornecedores e encarregados da contabilidade, engenheiros e operadores de engenharia, tendo em vista o produto e as inovações produtivas. Tais

---

[27]. Cf. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, ob. cit., especialmente os capítulos 1 e 2. Sobre o assunto ver também François Ewald, *Foucault. A Norma e o Direito*, Lisboa, Vega, 1993 e *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1986.

mudanças afetam de maneira generalizada quase todos os tipos de relações contratuais modernas, fomentando relações duradouras baseadas na cooperação. Não é por outro motivo que um dos grandes temas em seminários de administradores e empresa e gerenciamento de marketing para mercados de consumo insiste na idéia de "fidelização do consumidor", especialmente quando o alvo é o consumidor mais sofisticado e de maior poder aquisitivo.

Importa notar que os tipos de produção aqui esquematicamente apresentados não se excluem temporal e espacialmente. Por tal motivo, mesmo durante o apogeu da produção de massa, a produção manufatureira não desapareceu por completo. Também durante o período de especialização flexível a produção de massa e a produção manufatureira subsistem, respondendo por parcela substancial do total da atividade produtiva. O que muda, contudo, é a posição estratégica da forma produtiva dominante, que passa a direcionar e coordenar as trocas e a regulação macroeconômica. Isso significa que velhos desafios ao direito do consumidor ainda permanecem. Vivemos, contudo, novos desafios que demandam soluções inovadoras.

Ademais, o dualismo econômico[28] faz coexistirem num mesmo mercado de consumo consumidores altamente sofisticados, "clientes especiais" de produtos e serviços especiais e consumidores de massa, constantemente mais desprotegidos e vulneráveis que seus "colegas do mercado global". Isso tem gerado diferenciações discriminatórias nos mercados de consumo em favor de consumidores mais poderosos econômica, social ou politicamente. Basta analisar o que ocorre no mercado de previdência privada ou serviços bancários, ou ainda nos serviços de saúde, para perceber que o padrão de respeito aos direitos do consumidor varia de maneira gritante conforme o tipo de consumidor para o qual se fornece o serviço. Além disso, muitas das discriminações são realizadas não apenas com bases contratuais diversas, mas freqüentemente através de práticas comerciais mais severas ou tolerantes. Em outras palavras, em muitos casos a diferença no tratamento é pautada mais por

padrões diferenciados na execução ou performance contratual do que em diferenças no texto frio dos contratos de consumo. Afinal, os textos dos contratos com freqüência não apresentam diferenças consideráveis.

Eliminar tais práticas abusivas e discriminatórias nas relações de consumo reforçadas por uma sociedade e economia duais, que o processo de globalização tende a agravar, constitui-se num dos importantes desafios para o direito do consumidor nos dias em que vivemos.

No campo do direito administrativo econômico, em particular no que tange as agencias regulatórias, o choque entre paradigmas se dá com a introdução de um novo modelo direito administrativo mais flexível, dinamico, pragmático que erode alguns princípios consagrados pelo direito administrativo clássico, voltado para o exercício do poder de polícia ou para a intervenção direta no domínio privado. O novo direito regulatório significa em grande medida a mudanca de um paradigma de intervenção direta e administração pública direta, por organismos dotados de maior independência e flexibilidade, dotados de parcela de poder normativo e judicante.

5. Os mercados regionais (Mercosul)

Do ponto de vista da geopolítica internacional, o pós-fordismo importou na transnacionalização dos mercados e criação de um sistema geopolítico hegemonicamente controlado pelos EUA e, em menor grau, pelos países industrializados e URSS. Como conseqüência e reação a tal processo, novos blocos econômicos vêm se formando em todos os continentes. A ampliação do mercado mundial e a formação de blocos econômicos impõem novas estratégias de comércio e defesa do consumidor. Um exemplo imediato para os brasileiros é o Mercosul, que vem estimulando a entrada no mercado brasileiro de diversos

---

[28]. Cf. Michael Piore e Suzanne Berger, *Dualism and Discontinuity in Industrial Societies*, Cambridge, Cambridge University, 1980.

produtos muitas vezes sem os mesmos padrões de segurança e qualidade exigidos pela legislação brasileira. Tal fenômeno tem induzido à padronização do direito do consumidor, através de protocolos e tratados.

Não é difícil vislumbrar que a tendência que se verifica hoje é semelhante àquele processo seguido pela Comunidade Européia, com a criação de Diretivas visando a padronização do direito do consumidor nos países membros[29].

Parece-me que lá, como aqui, os grandes desafios são os mesmos. Como padronizar a tutela aos direitos do consumidor sem decair do estágio atual de garantias asseguradas ao consumidor? Como impedir, em poucas palavras, que haja um declínio do padrão atualmente existente de defesa do consumidor como conseqüência do processo de uniformização?[30] Esse é mais um desafio que a globalização traz para a defesa do consumidor, cujo desfecho é ainda bastante incerto. A geopolítica e a dinâmica da economia regional do Mercosul, bem como a qualidade e intenções dos negociadores, é que vão definir esse novo, importante e próximo capítulo do direito do consumidor num mundo cada vez mais globalizado.

No âmbito do direito regulatório, novamente os desafios se assemelham. Como criar órgãos reguladores que atuem de forma coordenada e harmonizada. Como criar identidades institucionais (desenho, perfil e competências) e metodologias, critérios e balizamentos harmônicos (a exemplo do que fazem as diretivas no âmbito da EU).

Este desafio torna-se ainda mais complexo e urgente em face do processo de formação da ALCA. A complexidade e alcance do tema, contudo, foge dos limites deste ensaio.

---

[29] Acredito que este vertor tendencial pode ser afirmado a despeito das dificuldades e "atrasos" de agenda freqüentemente enfrentados pelo Mercosul, em especial nos últimos anos.

[30]. Para o debate europeu sobre os riscos da uniformização da proteção legal do consumidor na Europa ver Norbert Reich e Hans Micklitz, *Consumer Legislation in the E.C. Countries: A Comparative Analysis*, New York, Van Nostrand Reinhold Co., 1980; Roelf H. Stutterheim, "Consumer Law in the Year 1992 in Europe and the Netherlands: Law for the Consumer or Law for the Market?", in *Perspectives of Critical Contract Law*, Thomas Wilhelmsson (org.), England, Dartmouth Publishing Co., 1993.; Thomas Wilhelmsson, "Control of Unfair Contract Terms and Social Values: EC and Nordic Approaches", in *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*, Helsinki, Publications of

6. Conclusão

Concluindo, pode-se afirmar que a globalização apresenta novos e importantes desafios para o direito regulatório e do consumidor. Tais desafios passam pelo acompanhamento das mudanças profundas experimentadas pela estrutura produtiva dominante, pelos mercados de consumo, pelos novos processos de exclusão social e econômica provocados pelo dualismo do capitalismo moderno e seus impactos no saber jurídico contemporâneo. O desafio maior constitui-se em não aceitar a idéia de globalização como um processo homogêneo e imposto por uma lógica histórica necessária, mas antes como um novo momento do capitalismo moderno, que oferece novas perspectivas para arranjos institucionais alternativos. É nesse momento que resta confiar na capacidade de imaginação institucional e legal dos juristas brasileiros no sentido de desenhar instrumentos legais eficazes para a defesa do consumidor de velhas e novas ameaças. À medida que a sociedade de consumo de serviços apresenta novos problemas ela demanda soluções inovadoras. A existência de agências reguladoras fortes, a uniformização do direito no Mercosul (e em algum momento a ALCA) e uma nova compreensão da natureza do processo de contratação moderno constituem capítulos do desafio regulatório e consumerista atual. Dentro do repertório aberto de alternativas que se apresentam hoje, cabe pensar quais delas serão mais adaptadas à realidade brasileira, dentro do contexto global, afastando-se da questionável premissa de que haveria uma agenda única para pensar tais transformações.

---

the Department of Private Law of the University of Helsinki, 1996, pp. 244-266. Para o debate brasileiro ver *A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*, Claudia Lima Marques (org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, RS, 1994.