

Ano III, Nº 12, Fevereiro/2001

JUSTIÇA & CIDADANIA

WWW.REVISTA.JCCOM.BR

As singularidades
do Auxílio Moradia



Nesta edição

**A polêmica jurídica
sobre as terras da Barra
da Tijuca - RJ**

Desembargador

Marcus Faver

No comando do TJ do Rio de Janeiro

Editorial

Estado de Direito ou Estado Anárquico?



Juiz Werson Rego

O Direito Social e o Direito do Consumidor:

Uma nova forma de pensar o Direito e a Sociedade

Werson Rego é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais – Argentina, Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Membro da Comissão Permanente de Direito Civil do IAB, Professor de Direito Civil e de Direito do Consumidor

Em recente palestra que proferi no VII Encontro Nacional de Advogados do Mercado Imobiliário – ENAI, realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, para centenas de pessoas que lotavam o auditório principal, vindas de todos os estados do país – diga-se, o mais importante congresso sobre direito imobiliário do Brasil –, pretendi apresentar àquela seleta audiência uma nova forma de raciocinar o direito e a própria sociedade e, assim, fomentar a discussão para que os estudiosos do Direito sobre ela voltem as suas atenções.

Ao discorrermos sobre o tema “O Direito do Consumidor, os Direitos Sociais e o Direito Imobiliário”, sustentando a autonomia do direito do consumidor e impossibilitado de situá-lo dentro do direito público ou do direito privado, sugerimos que a clássica divisão do direito deve ser revisada — acirrando-se, ainda mais, a já controversa matéria da ramificação do direito —, à vista do florescimento de um novo ramo na vetusta “árvore de Têmis” — na feliz metáfora do Desembargador Sylvio Capanema de Souza —: o do Direito Social. Os chamados direitos sociais são, de há muito, objeto de estudo pelos juristas mas, sempre, respeitando-se a divisão clássica do direito em público e privado. A reflexão que propôs-se é a do reconhecimento de um terceiro ramo do direito, autônomo e distinto dos já consagrados, com regras e princípios próprios.

Direito Público e Direito Privado

A divisão do direito em dois grandes ramos — público e privado — encontra as suas origens no Direito Romano clássico, já que não era essencial no direito romano antigo, lembrando-se a lição de Ulpiano: *“Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”* (Dois são os aspectos do estudo do direito, o público e o privado: o direito público versa sobre o modo de ser do Estado Romano, o privado o que versa sobre os interesses dos particulares) (Digesto, I, 1, 1, 2).

Assim, o direito público era o que regulava as funções dos Estados; o direito privado, o que regulava as relações entre os indivíduos. Todavia, isso não significava dizer que os interesses privados e os interesses públicos se excluíssem. Sabe-se que o Estado existe para assegurar o bem-estar dos indivíduos e que os direitos destes existem na medida em que interessam à coletividade ou são socialmente úteis. O que havia, isto sim, é que o direito público e o direito privado se situavam em planos subalternos (EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 5. Ed., Forense, 1968, p.28).

Com a queda do Império Romano, essa clássica divisão desapareceu — até pela influência do direito germânico que vigeu na Idade Média, que não admitia tal distinção —, voltando a reaparecer na Europa Ocidental, com a instituição das monarquias absolutas e, mais tarde, após a Revolução Francesa, fortalece-se, com a fixação de um novo conceito de soberania.

Muitos foram os doutrinadores que tentaram justificar os fundamentos de tal distinção, não comportando estas breves linhas maior digressão sobre a questão. Recomenda-se, sobre o tema, a leitura das obras *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, R.C. van Caenegem, São Paulo: Martins Fontes, 1995; *Introdução Histórica ao Direito*, John Gilissen, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995; *História do Direito Privado Moderno*, Franz Wieacker, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967; *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, da Prof. MARIA HELENA DINIZ, 10ª ed., Ed. Saraiva, 1998, de onde se extrai que, nos dias atuais, se tem buscado no sujeito ou titular da relação jurídica, o elemento diferenciador, associando-se o fator objetivo ao subjetivo.

Destarte, o **direito público** seria aquele que regula as relações em que o ente público, na sua acepção mais ampla, é parte, isto é, “rege a organização e atividade do estado considerado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos administrativo e tributário). O **direito privado** é o que disciplina as relações entre os particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada, como a compra e venda, doação, usufruto, casamento, testamento, empréstimo etc.” (Maria Helena Diniz, op.cit., p.253).

É oportuno realçar, todavia, que, à medida em que evolui o direito, as normas de um ramo e de outro tendem a se intercomunicarem com maior frequência, de tal sorte e que não é raro ouvir-se que se está privatizando o direito público ou, com maior repetição ainda, que se está publicizando o direito privado. Penso que nem uma coisa, nem outra. A nosso sentir, o direito, público ou privado, está se socializando.

O Direito do Consumidor

Fenômeno relativamente recente, de pouco mais de três décadas, a preocupação com a defesa dos interesses dos consumidores vem ganhando cada vez mais destaque, no mundo inteiro. Não poderia ser diferente no Brasil.

Sensível às transformações operadas na sociedade, a Carta Política de 1988 agasalhou a proteção jurídica do consumidor, incorporando em suas normas programáticas as recentes tendências do direito — dito público — moderno, consubstanciada no inciso XXXII do artigo 5º, *in verbis*: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Importante passo estava sendo dado pelo legislador constituinte e, mais tarde, viria a lume a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida que ficou como o Código de Defesa do Consumidor.

Este diploma legal — tão criticado, quanto aclamado — constituiu-se em poderosa ferramenta de cidadania. Estabelece normas de proteção e defesa daquele que se reconheceu como sendo a parte vulnerável em uma relação de consumo: o consumidor. Estabelece normas de ordem pública e **interesse social**, de onde se percebe a dimensão coletiva que se pretendeu dar à nova lei. Estabelece regras e princípios adequados à realidade presente, ao momento de relevantes transformações sócio-econômicas operadas em todo o mundo.

Talvez pela serenidade com que foi elaborado, pela simplicidade, praticidade e clareza de seus dispositivos — o que em nada diminui o caráter científico e técnico da obra em si, quem sabe, por isso, tentem alguns desavisados, mal-intencionados ou acomodados, amesquinhar-lhe a importância e o alcance.

A verdade, porém, para a qual devem acordar todos, é que o Código de Defesa do Consumidor operou uma **revolução no sistema jurídico pátrio**, recolocando o Brasil em posição de destaque na matéria, referência necessária para a legislação alienígena sobre o tema.

Surge, entretanto, um problema da natureza da ciência do direito. A que ramo do direito — público ou privado — pertenceria o Direito do Consumidor? A não

ser que se negue autonomia a este direito, para considerá-lo uma especialização do Direito Civil ou do Direito Comercial, a pergunta não encontra solução à luz da dogmática vigente.

Há vários anos, quer em congressos, quer em salas de aula, vimos sustentando que o Código do Consumidor não se encaixa em nenhum desses dois ramos do Direito que, assim, vê surgir uma terceira categoria de direitos e sobre a qual deveriam melhor refletir os doutrinadores: os **Direitos Sociais**, baseados no conceito de “força maior social”, como princípio equilibrador dos riscos sociais. Entre esses direitos sociais, apenas a título de ilustração, poderíamos incluir, além do direito do consumidor, o direito ambiental e o biodireito.

São os **direitos sociais** polêmicos e instigantes, e não cabem dentro dos estritos limites estabelecidos até hoje pela Ciência do Direito, nem complementam, como gostariam alguns, qualquer ramo do direito público ou privado; ao revés, criam minissistemas jurídicos próprios que, pela relevância dos interesses jurídicos tutelados — interesses coletivos e interesses transindividuais —, se sobrepõem aos já existentes.

Eis o campo fértil no qual, a nosso sentir, se desenvolve o Direito do Consumidor. Em um universo em que as relações sociais estão cada vez mais contratualizadas, em uma sociedade de extremos, as disparidades de forças são evidentes, principalmente quando essa relação se estabelece no mercado de consumo, entre o que detém os mecanismos da produção e aqueles que têm necessidade de consumir o que está sendo produzido, sendo necessário preservar-se o equilíbrio substantivo (sociológico) do contrato. Exemplo disso, o artigo 51, § 4º, (*justo equilíbrio*), do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nessa mesma linha de raciocínio e no campo do direito obrigacional, os contratos, diante dessa “força maior social”, devem se ajustar à nova realidade, repartindo-se adequadamente os riscos, impedindo-se que uma das partes se ocupe às custas da vulnerabilidade da outra. Ao Estado, portanto, compete zelar pela manutenção do equilíbrio das relações sociais, autorizando-se a sua intervenção em um negócio jurídico para, sanando a deficiência ou irregularidade ali verificada, restaurar a harmonia rompida, mantendo-se a paz social.

O Direito Social

Inicialmente, cumpre esclarecer que nestas apertadas linhas não seria possível apresentar-se toda a fundamentação da proposta que formulamos. Portanto, apenas com a finalidade de fornecer elementos para reflexão, buscar-se-á sintetizar alguns pontos que acreditamos sejam importantes.

Recomenda-se, entusiasticamente, a leitura de GEORGES GURVITCH e FRANÇOIS EWALD. O primeiro, há várias décadas, vem se dedicando a uma formulação teórica do chamado Direito Social. O segundo, importante filósofo do direito moderno, analisando a estrutura de seu funcionamento.

Bem se sabe que não é o Direito que modifica a sociedade. O Direito, ao revés, está sempre a um passo atrás, daí porque diz-se que é a sociedade que modifica o Direito.

O Direito, como ciência, apesar das críticas de Kelsen, está sempre em *evolução*. É fato absolutamente incontroverso: a vida em sociedade, nos dias atuais, é completamente diferente daquela experimentada quando da clássica divisão do direito em público e privado. Não se cogitava de temas como estratificação social; divisão de trabalho; cooperação e conflito como processos sociais; formas de distribuição histórica de renda; dinâmica e estática social; teoria das classes; mobilidade, gênese e desenvolvimento da crise social, até porque a base sócio-econômica do Ocidente sempre foi caracterizada por formas de organização social, econômica e política dependentes da estruturação e da dinâmica da vida agrária — única conhecida, até a Revolução Industrial.

Com o advento de uma “sociedade industrial de massa” — isto é, onde se produzia em massa, para um consumo em massa, estabelecendo-se relações jurídicas também em massa —, profundas modificações ocorreram na vida social,

passando os estudiosos a se preocupar com as questões acima expostas. Por certo, mudaram-se os paradigmas. Não tardaria, deveria atualizar-se o Direito.

A chamada "sociedade industrial contemporânea", ou "sociedade industrial de massa", não demorou a expor uma profunda crise estrutural, oriunda do distanciamento entre duas classes absolutamente distintas: a dos que detinham os mecanismos de produção e a dos "outros" — empregados e consumidores. Destarte, a alteração da base sócio-econômica conduziu a uma nova análise dos problemas sociais — agora examinados sob a nova ótica da equidade e da justiça social.

Nesse esforço sintético que ora se realiza, onde se peca pelo generalismo e simplificação, que devem ser supridos pelo atento leitor com um estudo mais aprofundado do que expomos, chega-se aos dias atuais, onde se persegue o chamado *Welfare State*, ou Estado Providência — dos franceses. O *Welfare State* é "um modelo de Estado distinto daquele imaginado e idealizado pelos pensadores liberais clássicos e não representa um momento de transição para o chamado Estado Socialista ou Comunista. O *Welfare State* é um tipo de Estado com lógica, estrutura e racionalidade própria.

Pode-se dizer que o Direito Social seria o Direito do *Welfare State*, direito esse que tem como elemento característico uma nova mentalidade, uma nova maneira de se interpretar o contrato social, segundo a qual o conjunto da sociedade tem uma existência autônoma, independentemente dos indivíduos. Logo, não é o Estado, mas o conjunto da sociedade, que passa a ser titular de direitos e obrigações cuja satisfação deve ser garantida pelo Estado, que passa a ter um papel regulador, mediador e redistributivo.

Deve, pois, o chamado Direito Social revestir-se de autonomia e independência, dadas as suas peculiaridades. Não pode ser pretendido como um complemento do Direito tradicional mas, ao contrário, deve ser encarado como um novo ramo do Direito, com regras e princípios próprios, que assegurem a prevalência dos interesses do conjunto da sociedade sobre os dos indivíduos e, até, sobre os do próprio Estado-Administração; uma nova maneira de se conceber o Direito.

Eis a provocação. Um Direito novo, moderno, que reflita as novas tendências mundiais, mais humanizado e justo. Humanizado e justo na medida em que reconhece o forte desequilíbrio existente na sociedade atual. Um Direito que não encara o fenômeno social de maneira estática, ao revés, de maneira dinâmica. Um Direito que não considera que "todos são iguais perante a lei", senão, "que todos são desiguais" e, por isso, na lição de Rui Barbosa, devem merecer tratamento desigual, na proporção de suas desigualdades. Um direito que procura a socialização dos riscos e das perdas sociais, nunca idênticas. Um Direito que seja a expressão real de uma vontade coletiva, do conjunto da sociedade.

Nesse sentido, os princípios e os objetivos do Direito Social se constituíam em importantíssimo instrumento de governo, na medida em que serviam para orientar os critérios de legitimação e implementação das políticas sociais.

Não estamos distantes desta realidade. A Constituição brasileira está permeada de preceitos que emanam desse Direito Social, a começar pelo seu preâmbulo, onde está consignado que se reuniam os parlamentares constituintes para instituir um Estado Democrático "destinado a assegurar o **exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna **pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional com a solução pacífica das controvérsias". Veja-se que são expressamente reconhecidos os direitos sociais, em uma sociedade pluralista. "É a racionalidade do Direito Social que explica o conteúdo da legislação de Direito Social", pontifica o jusfilósofo François Ewald.

Adiante em seu artigo 6º, expressamente menciona certos direitos sociais, ao dispor que "são **direitos sociais** a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados".

Inúmeros outros dispositivos poderiam ser citados e que demonstram a inequívoca intenção dos parlamentares constituintes em reconhecer, assegurar e

proteger certos interesses que não pertencem a um indivíduo, somente, senão, à toda sociedade, indistintamente.

E fez mais. Na esteira do raciocínio de que os riscos e perdas sociais devem ser socializados, estabeleceu deveres para o Estado e para a própria sociedade, como um todo, como, por exemplo, em seu artigo 195, ao afirmar que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta", ou em seu artigo 205, onde "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade", ou, ainda, no artigo 225, que prevê que "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", sem deixar de mencionar o artigo 196, ao dispor que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

É por inspiração de princípios de Direito Social que se mitigam direitos privados por excelência, como o direito de propriedade, ao discutir-se o direito à moradia, o uso social da propriedade. O que dizer da nova concepção contratual, materializada em dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de tal sorte que sustentamos que, em sede de teoria geral dos contratos, os princípios informadores do Código de Proteção e Defesa do Consumidor devem ser entendidos como de direito comum, na medida em que se estabelece uma nova ordem contratual.

É por inspiração dos princípios de Direito Social que se reconhecem interesses maiores, que tanto podem pertencer a uma **coletividade determinada** de pessoas (por exemplo, interesses dos consumidores), quanto a uma **coletividade indeterminável** de pessoas — ou transindividuais (como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Neste contexto, o interesse coletivo absorve o individual que, assim, embora não feneça, passa a ter menor importância e expressão social. O mesmo se verifica no confronto entre o que se denomina "interesse público" e o que se entende por "interesse social".

A proposta deste artigo, pois, é abrir um espaço para a discussão do tema, sugerindo uma mudança de mentalidade, adequando-a à realidade social dos dias atuais. Pretende-se uma nova forma de raciocinar o Direito, sem qualquer alternatividade ou subjetivismos, mas cientificamente, com base em princípios e regras bem definidos.

Não apresentaremos, pois, qualquer conclusão. Consignamos, apenas, que os paradigmas da distinção entre direito público e direito privado mudaram consideravelmente. A vida em sociedade tornou-se tão dinâmica e as relações que nela se estabelecem e desenvolvem se tornaram tão complexas que não é possível pensar-se e aplicar-se o Direito levando-se em consideração a natureza pública ou privada do interesse a tutelar porque sobreexistem interesses que não se adequam a esses parâmetros que, repita-se, remontam ao direito romano clássico. São claramente outros os desafios.

Propõe-se um despertar da hibernação intelectual a que muitas vezes nos submetemos, por força das circunstâncias de nossas vidas sociais, para o estabelecimento de uma discussão aberta e racional sobre que Direito queremos no século XXI: o que data de quase vinte séculos, o do século XIX, ou um Direito moderno, com as criações e adaptações que se fazem necessárias diante dos fatos novos, inteiramente originais em suas repercussões. São verdadeiros dilemas da lei na busca do Estado que proporcione esse tão sonhado bem-estar social.

Entendo necessária uma nova forma de pensar a própria sociedade, uma nova forma de socialização da medida do Direito.

A nosso sentir, essa forma de repensar o Direito foi assimilada pela Constituição brasileira, em 1988, bem assim pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em 1990, que, inegavelmente, operou uma revolução no direito positivo brasileiro, estabelecendo uma ruptura radical com o paradigma civilista do Código de Napoleão, de forte inspiração liberal clássica, que influenciou o nosso Código Civil. A idéia está lançada. ■