

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo promove uma discussão acerca da estruturação da proteção ao consumidor no Brasil, contextualizando o seu surgimento em relação à história constitucional recente no Brasil, ou seja, após a Constituição Federal de 1988. Soma-se a esse interesse analisar a perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais sobre o fenômeno da proteção ao consumidor no Brasil. É uma tentativa de apresentar uma leitura, tendo por base o arcabouço teórico promovido pela teoria sistêmica, acerca do sistema de proteção ao consumidor estruturado no Brasil nas últimas décadas.

Considerando a conceituação jus-sociológica do consumo a partir da sociedade Moderna até a contemporaneidade, parte-se para a reflexão crítica embasada em teóricos que apresentam a possibilidade de se repensar a proteção ao consumidor a partir da teoria sistêmica.

Dessa forma, o problema de pesquisa pode ser formulado da seguinte forma: de que maneira a perspectiva da Teoria dos Sistemas pode amparar a proteção do consumidor na contemporaneidade? Apresenta-se, diante disso, como hipótese, a possibilidade de que a proteção do consumidor em sua perspectiva tradicional possa contar com um aprimoramento a ser concedido pela Teoria dos Sistemas a partir dos postulados de inclusão/exclusão. Assim, uma forma revitalizada de Direito do Consumidor oriunda dos aportes teóricos sistêmicos pode ser um caminho para a reestruturação da proteção do consumidor, sobretudo no sistema capitalista em sua forma atual.

O objetivo geral consiste em analisar de que forma a proteção ao consumidor pode ser compreendida tendo em vista os aspectos fundamentais da Teoria dos Sistemas. Especificamente, têm-se como objetivos: a) discutir os conceitos elementares da Teoria dos Sistemas; b) analisar a estruturação da proteção ao consumidor no Brasil, sobretudo após a Constituição Federal de 1988; c) apresentar possíveis transformações na compreensão do Direito do Consumidor a partir das contribuições da Teoria dos Sistemas.

O método de abordagem da pesquisa será o método dialético, considerando a capacidade única de tal método comportar uma compreensão dinâmica da realidade (HENRIQUE; MEDEIROS, 2017). A técnica de pesquisa, por sua vez, será a observação (HENRIQUE; MEDEIROS, 2017), sobretudo considerando a proposta da pesquisa em analisar um fenômeno empírico específico.

2. A TEORIA DOS SISTEMA SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN: SURGIMENTO E CONCEITOS-CHAVE

De início, é importante dialogar com a Teoria dos Sistemas Sociais e refletir sobre de que forma a teoria coaduna à operacionalização do Direito no sentido de potencializar a proteção ao consumidor no Brasil. Dessa forma, numa perspectiva mais ampla, trata-se de perscrutar de que maneira a Teoria dos Sistemas Sociais pode colaborar no enfrentamento às desigualdades sociais, instrumentalizando-se, nesse caso, como um mecanismo que possibilite melhor comunicação entre os sistemas, o que poderia comumente é efetivado por meio das legislações.

O sociólogo alemão Niklas Luhmann consagrou-se como um dos principais autores das ciências sociais do século XX, pelo desenvolvimento do conhecimento científico transdisciplinar, objetivando explicar de forma sistemática as dinâmicas ocorridas e existentes na sociedade. Para tanto, aportou um enfoque totalmente diverso do realizado até então na sociologia contemporânea (ROCHA; SCHWARTZ, 2005). De acordo com Niklas Luhmann, a sociedade deve ser compreendida como um sistema social composto por subsistemas comunicáveis. Nesse sentido, sua teoria pretende desconstruir a ideia das ações sociais como construção dos sujeitos, superando o paradigma do 'todo' e da 'parte' por um novo modelo, este estruturado como 'sistema' e 'ambiente' (ROCHA; SCHWARTZ, 2005, p. 35). Assim, pode-se referir que “Esta teoria pretende, na era contemporânea, reconstruir as bases de uma perspectiva compreensiva da sociedade. [...] O agir comunicativo é intrínseco nas (inter)relações que se perpassam no interior dos sistemas sociais” (STURZA; ROCHA, 2014, p. 3).

Dessa forma, a teoria dos sistemas de Luhmann, proposta em 1984 (LUHMANN, 1984), instigou-se a partir de sua observação à complexidade social na Europa, sobretudo na conjuntura subsequente à segunda guerra mundial. O autor propõe para o entendimento da natureza das sociedades o embasamento na diferenciação sistêmica, ou seja, na repetição da seletividade que o sistema realiza dentre as possibilidades apresentadas pelo ambiente, o que leva à diferenciação entre sistema e ambiente, diferenciação que constitui um dos elementos centrais de sua teoria. A partir disso, Niklas Luhmann introduziu a teoria dos sistemas *na* sociedade, algo inédito, em

que pese a teoria já fosse aplicada com sucesso nas áreas da tecnologia e biologia, por exemplo (ROCHA; WILLANI, 2018).

Como visto, a relação sistema e meio ambiente é um eixo primordial para a Teoria dos Sistemas Sociais. O conceito de sistema foi desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela na década de 1970, a partir dos estudos dos organismos vivos (ROCHA; WILLANI, 2018). De acordo com os autores, os organismos são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos, em que as 'partes' que compõem os sistemas interagem entre si (ROCHA; WILLANI, 2018).

Além de ser temporalmente localizada na metade final do século XIX, a Teoria dos Sistemas Sociais também é epistemologicamente adequada a esta fase do pensamento social. Com efeito, a sociedade chamada de “pós-moderna alavanca um recrudescimento do paradigma racional para dar espaço à epistemologia construtivista, da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e dos riscos [...]” (STURZA; ROCHA, 2014, p. 3). O fim da Modernidade, ao menos a pela perspectiva da historiografia tradicional, ocorre em 1989 com a queda do Muro de Berlim, que marca, por sua vez, o término da Guerra Fria e da divisão de poder internacional bipolar entre Estados Unidos da América e União Soviética. Trata-se de acontecimento histórico que representou elevado risco e incerteza, difundido por todas as camadas da sociedade mundial, contexto que influenciou sobremaneira as teorias formuladas nessa época.

Nesse contexto, o meio ambiente detém muita complexidade, e o sistema, em contrapartida, apresenta-se como recurso organizacional na redução de tal complexidade (ROCHA; SCHWARTZ, 2005, p. 35). Logo, na tentativa de conter a complexidade do ambiente externo, um sistema é criado. Não obstante, o sistema está em constante movimento e aperfeiçoamento. É possível exemplificar da seguinte maneira: no aspecto interno, o sistema evolui mediante a autorreferência e a autopoiese (ROCHA; SCHWARTZ, 2005). Além disso, esse processo pode gerar a sua autodiferenciação interna, ou seja, a atividade do sistema pode resultar em novos subsistemas. Estes, por sua vez, representam um mecanismo que possibilita a sobrevivência dos sistemas no meio ambiente.

Convém aportar a síntese a seguir, formulada por Janaína Sturza e Claudine Rocha (STURZA; ROCHA, 2014, p. 3):

[...] os padrões sociais tendem a evoluir para criar uma verdadeira rede de relações humanas, contemplada com a certeza de que a sociedade

interage com o meio em que está inserida e ao mesmo tempo seus elementos interiores também assim o fazem, podendo este processo estar presente no sistema do Direito.

Verifica-se, nesse sentido, que a sociedade evolui por meio da constante comunicação com o ambiente pelo qual é circundada, o que também ocorre com os seus sistemas internos. Entre os sistemas internos do sistema sociedade, ou seja, entre os seus subsistemas, há o sistema Direito. Antes, no entanto, de abordar a constituição e operação do subsistema Direito para a sociedade, há de se detalhar os conceitos fundamentais da Teoria dos Sistemas Sociais, especialmente pelo motivo de que a sua forma de reprodução também é percebida no Direito.

A essência dos sistemas, por sua vez, não pode ser alterada pela comunicação constante entre eles (STURZA; ROCHA, 2014). Exatamente por isso, verifica-se que os sistemas são *operativamente fechados e cognitivamente abertos* (ROCHA; SCHWARTZ, 2005). Ou seja, diz-se que o sistema é cognitivamente aberto pois a comunicação com os sistemas de seu contato é possível, o que gera o aprendizado e a troca de informações entre sistemas, por alguns autores esse contato pode ser conceituado como *irritação* (entre sistemas). Por outro lado, o sistema pode ser operativamente fechado em razão de sua capacidade de autorreprodução, na mesma medida em que não se desconfigura apesar dos contatos frequentes com outros sistemas.

Dessa forma, é possível compreender os sistemas como fechados, em que por meio do próprio código binário de cada sistema é filtrado o que pode ou não o integrar (ROCHA; WILLANI, 2018). Ou seja, o que pode ou não ser interiorizado por certo sistema e processado por ele, reduzindo a complexidade do ambiente externo. Todas essas características também são investigadas a partir da noção de autopoiese. A autopoiese, por sua vez, representa a capacidade de um determinado sistema se autorreproduzir, tornando-se, então, autorreferente (ROCHA; WILLANI, 2018). Novamente, a autopoiese é elemento essencial em um determinado sistema, e somente é alcançada pelas características supracitadas: operação fechada e cognição aberta.

Convém destacar, ainda, que a interação entre sistema e ambiente pode ser nomeada como informação (ROCHA; SCHWARTZ, 2005). Já a comunicação reside na interação entre sistemas (como referido anteriormente, pode ser compreendida como *irritação*) (ROCHA; SCHWARTZ, 2005). Para Niklas Luhmann, inclusive, as interações sistema-sistema podem ser denominadas de acoplamento estrutural. A título de

exemplificação, pode-se indicar a interação entre o sistema da política e o sistema do direito na elaboração de um processo constituinte como uma forma de irritação entre sistemas. Ou, ainda, de acoplamento estrutural entre eles (ROCHA; SCHWARTZ, 2005).

A crítica de Niklas Luhmann ao modelo de observação da sociologia contemporâneo, culminou em mais do que no desenvolvimento de um modelo explicativo da sociedade. Ao importar conceitos científicos, ele tornou o entendimento sistêmico e simplificado, o que se traduz no uso recorrente de sua base teórica nos estudos interativos dos diversos sistemas que compõem uma sociedade complexa, como a atual. Desse modo, delimita-se o embasamento da pesquisa nessa teoria, em que se demonstra a relação dos sistemas do direito, da política e do subsistema saúde.

3. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO BRASIL: DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO À CONTEMPORANEIDADE

A contemporaneidade é marcada por transformações no que concerne à forma como o direito é compreendido (e, também, buscado) pela sociedade, conforme referido no tópico anterior. Pode-se referir que essas mudanças ocorrem em conjunto com aquelas que iniciaram a clássica distinção entre o modelo liberal de Estado e o modelo social de Estado. Essa transição é historicamente alocada no início do século XX (TEIXEIRA, 2016), momento em que a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) surgiram no cenário político internacional e na realidade jurídica (ALVAREZ, 1990).

Tais mudanças de percepção influenciam uma guinada também no interior do direito privado. Se o direito privado até então carregava uma compreensão sobre a figura de “pessoa” que era típica do século XIX, a partir do início do século XX intensifica-se a transformação dessa conotação. Conforme referido no tópico anterior, o *Code Francês* de 1804 notabilizou-se como um modelo de codificação que influenciou diversos Códigos Civis ao redor do globo, entre eles, o Código Civil brasileiro de 1916. Diante disso, impõe-se relembrar que a visão de pessoa assegurada pelo Código Napoleônico era estritamente derivada dos ideais da Revolução Francesa de 1789, uma revolução guiada por ideais da burguesia, classe então em ascensão. Tais ideais, como notoriamente conhecidos, consubstanciam-se em uma perspectiva específica sobre a liberdade, igualdade e fraternidade. De acordo com Anderson Vichinkeski Teixeira, “[..] os ideais

liberais presentes nas duas grandes revoluções europeias desse período [...] e na Independência dos EUA, corroboraram para a construção de um modelo de Estado de direito notadamente liberal” (TEIXEIRA, 2016, p. 146).

É razoável afirmar, portanto, que o Código de Beviláqua (Código civil brasileiro de 1916) estrutura-se a partir desses mesmos ideais e noções sobre o conceito de pessoa. Pode-se afirmar, também, que tais ideais burgueses foram fundamentais na construção da ordem jurídica brasileira moderna, não só no direito público, como no direito privado (MARQUES; MIRAGEM, 2012). Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “A propriedade é, na fase liberal-jusnaturalista, o direito fundamental por excelência, que define o limite entre as espacialidades pública e privada” (FACHIN, 2015). Consequentemente, a centralidade do direito de propriedade configurou uma barreira até mesmo à transformação do papel do Estado, que, como referido, no início do século XX estava tensionado a avançar no sentido de uma proteção social em detrimento de um caráter estritamente individualista. Nesse aspecto, pode ser apontado um exemplo de típica irritação entre sistemas, em que pese a Teoria dos Sistemas Sociais estivesse no início de sua elaboração.

Retomando a importância das Constituições de Weimar e do México para o plano jurídico a nível internacional, há de se ressaltar que houve um esgotamento da capacidade de o Estado liberal em oferecer as respostas que a sociedade pós-industrial demandava, o que ensejou uma guinada em direção ao chamado Estado social (TEIXEIRA, 2016). Vale a transcrição de passagem sublime na qual Teixeira condensa a mudança da perspectiva liberal de Estado para a sua versão social (TEIXEIRA, 2016, p. 152):

Diferentemente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que, por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e de direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente, como no caso do direito à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, a um mercado econômico regado pelo Estado, entre outros.

Não por acaso, conforme Fachin, “[A]té Weimar, fora do programa constitucional estavam as relações jurídico-privadas” (FACHIN, 2015, p. 14). É com a segunda fase do constitucionalismo, agora de caráter social, que as relações privadas

passam a ser também objeto da atenção do Estado e das Constituições. Não mais para apenas assegurar o direito de contratação entre iguais, por exemplo, mas para assegurar a observação de uma esfera de direitos daqueles mais vulneráveis em determinadas relações jurídicas, como a de trabalho e de consumo. Além das Constituições de Weimar e do México, importa lembrar a importância da Declaração Universal de Direitos Humanos, datada de 1948, proclamada pela Organização das Nações Unidas, como um marco da nova concepção em torno dos Direitos Humanos a partir da metade do século XX.

Em consonância com o desenvolvimento do papel do Estado social, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem destacam que, “no Brasil, a proteção dos mais fracos ganha força com o direito social do trabalho e mais tarde com a proteção dos consumidores” (MARQUES; MIRAGEM, 2012). O direito do trabalho, com efeito, é o primeiro ramo do direito nacional a obter uma legislação própria, em 1943, por meio da intitulada Consolidação das Leis do Trabalho, em um autêntico processo de descodificação do direito privado (MARQUES; MIRAGEM, 2012).

Já o direito do consumidor, por sua vez, teve iniciada a sua trajetória em solo nacional por vias diversas, mas não menos próximas da população e do engajamento da sociedade. Segundo Amanda Flávio de Oliveira (OLIVEIRA, 2016, p. 258):

[...] a sociedade civil organizou-se em associações de proteção do consumidor (a primeira associação, de Porto Alegre, data de 1975), o Ministério Público criou promotorias especializadas (década de 1980) e foram criados órgãos públicos vocacionados à tutela do consumidor (o primeiro Procon, de São Paulo, é de 1976).

Com efeito, não se pode analisar o surgimento do direito do consumidor no Brasil sem levar em consideração às raízes populares desse ramo do direito. É oportuno destacar que a participação social foi fundamental para o êxito dos mecanismos supracitados, bem como para influenciar a Assembleia Nacional Constituinte a inserir com a devida legitimidade a proteção e defesa do consumidor no texto constitucional.

A ordem constitucional brasileira inaugurada com a Constituição Federal de 1988 representou uma grande mudança de rumo na estrutura jurídica nacional. Conforme Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, atualmente (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15):

O direito não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro

entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição

O direito privado, então, passa a ser guiado pela ordem constitucional e pelo valor central da dignidade da pessoa humana (MARQUES; MIRAGEM, 2012). É a partir de todo esse desenvolvimento teórico, arraigado na realidade social e na prática jurídica, que os autores destacam a necessidade de o direito privado contemporâneo considerar a proteção das pessoas vulneráveis como um de seus elementos centrais. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem carregam em sua obra os ensinamentos de Eike Von Hippel no tocante à definição de vulneráveis como aqueles “mais fracos” quando diante de “parceiros contratuais mais fortes” (MARQUES; MIRAGEM, 2012). Nesse sentido, convém ressaltar que a Constituição Federal de 1988 inseriu em seu texto, pela primeira vez na história constitucional brasileira, direitos econômicos e sociais, reconhecendo a insuficiência dos direitos civis e políticos – exclusivamente – para a concretização da dignidade da pessoa humana na realidade fática (OLIVEIRA, 2016).

Com o jurista Pietro Perlingieri, pode-se aprofundar a temática da constitucionalização do direito civil. Conforme Luiz Edson Fachin, Perlingieri foi um dos principais expoentes dos estudos sobre “a chamada repersonalização do direito privado, que deslocou o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si” (FACHIN, 2011, p. 158). É inserir a pessoa na centralidade do ordenamento jurídico, sobretudo no direito privado, espaço normativo que outrora foi ocupado pelo patrimônio. No mesmo sentido, a constitucionalização do direito em sentido amplo faz com que o direito privado venha a ter uma função social, não se limitando à regulação dos interesses individuais apenas (FACHIN, 2011).

Dessa forma, considerando a estrutura contemporânea do direito privado, o Estado não é mais apenas uma figura que deve se abster e respeitar a pactuação entre os particulares. De acordo com Pietro Perlingieri, além de respeitar os direitos dos indivíduos, verifica-se que o Estado contemporâneo deve “[...] eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício” (PERLINGIERI, 2002, p. 54) dos direitos. Com efeito, o movimento de repersonalização do Direito Privado preconiza senão o abandono do modelo liberal, ao menos a sua reestruturação para funcionalizar o patrimônio e a propriedade, por exemplo, em benefício das pessoas.

Ressalte-se que a digressão sobre a fase de índole liberal-individualista do direito privado é necessária para que se possa compreender como o Direito Civil contemporâneo passa a ser um direito atento às desigualdades entre partes de um determinado negócio jurídico. Nesse sentido, destaque-se que “Paulatinamente, o direito constitucional se estabeleceu como a espinha dorsal de todos os sistemas jurídicos liberal-democráticos contemporâneos” (GRONDONA, 2021, p. 418). Com a Constituição Cidadã de 1988, pode-se verificar o abandono de uma estrutura jurídica pautada no individualismo rumo à ética da solidariedade, inserindo a proteção da dignidade da pessoa humana como uma fronteira limitadora da autonomia da vontade (FACHINI NETO, p. 2013).

Com base nas palavras de Eugênio Fachinni Neto, a seguir apresenta-se uma síntese sobre a constitucionalização do direito privado (FACHINI NETO, 2013, p. 37):

O fenômeno da constitucionalização do direito privado, ao implica a leitura do direito civil (centro do direito privado) à luz da tábua axiológica a constituição, apresenta um direcionamento bastante claro, pois implica um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica (no mínimo) e com a efetividade social dos direitos fundamentais.

O direito do consumidor, por sua vez, é ramo do direito privado que carrega nitidamente essa mudança de caráter do que é esperado do direito. Trata-se, como sabido, de uma seara do direito que intenta reequilibrar uma relação contratual entre partes desiguais. Relação contratual, diga-se, muitas vezes inescapável ao cidadão contemporâneo, como foi abordado no capítulo anterior.

Fundamental é a contribuição de Luciane Klein Vieira acerca da inserção da proteção ao consumidor na Constituição Federal de 1988 (VIEIRA, 2016, p. 102):

A CF/88, pela primeira vez na história do país, passou a conceber constitucionalmente a existência do direito do consumidor como disciplina jurídica autônoma, tratando-o como um direito e garantia fundamental, de terceira geração, vinculado à dimensão dos direitos sociais. Esta previsão foi inserida no art. 5º, XXXII, passando a identificar e reconhecer o consumidor como sujeito em condição de vulnerabilidade, autorizando a incidência de uma proteção especial.

A previsão expressa sobre a proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988 sem dúvidas representou um avanço para a consolidação desse ramo em solo brasileiro. Inclusive com a inserção da “defesa do consumidor como limitadora do livre exercício da atividade econômica (em seu art. 170, e que tem os agentes econômicos

como destinatários claros da norma)” (OLIVEIRA, 2016, p. 258). Em que pese a existência de estudos consumeristas anteriores a este período, bem como a intensa mobilização social em torno da proteção aos consumidores, já referida, há de se destacar que, antes da previsão constitucional, “não existia nenhuma regra que, considerando o real desequilíbrio ou disparidades nas condições de negociação apresentadas pelas partes envolvidas, autorizasse a incidência de regras de proteção” (VIEIRA, 2016, p. 102). Evidencia-se, novamente, que a ideia de igualdade formal, tão relacionada ao modelo de Estado liberal, foi compreendida como insuficiente para atender às consequências sociais geradas pelo crescimento da sociedade de consumo.

Assim, “[A]lém de reconhecer a fragilidade do consumidor, o texto constitucional recomendou a edição de uma lei especial que estabelecesse uma política positiva de proteção” (VIEIRA, 2016, p. 103). Torna-se evidente, aqui, a proximidade dessa nova postura jurídica com os debates teóricos sobre o Estado social ou, ainda, sobre as gerações de Direitos Humanos, mencionados anteriormente, de forma que a concretização da igualdade formal não basta para as necessidades dos cidadãos que vivem na era contemporânea, demandando ações positivas do Estado e do direito para atingir a igualdade material.

Convém ressaltar o diagnóstico de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem sobre a mudança ocorrida no direito brasileiro no século XX (MARQUES, MIRAGEM, 2012, p. 25):

(...) o direito privado teria se concentrado na igualdade (*aequalitas*), entre estes sujeitos privados, tanto no contexto do mercado (de trabalho), na família, no comércio e no consumo. Esta valorização do *status* formal e material dos sujeitos de direito nestas relações privadas, levou a preocupações tutelares e equitativas com os parceiros mais fracos na relação jurídica (*aequitas*), a certa fragmentação multiplicadora do direito privado (microssistemas), e a pluralidade de novas fontes legislativas, sendo que algumas conseguiram superar a então típica visão atomística da sociedade (de indivíduos justapostos) e passaram a preocupar-se com a função social do próprio direito privado no ‘jogo das solidariedades sociais’.

Percebe-se, então, que o caminho trilhado pelo direito privado brasileiro a fim de alcançar uma proteção mais efetiva dos vulneráveis, ou seja, dos “mais fracos”, contou com alguma “fragmentação do direito privado” em legislações diversas do Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Em última análise, tais legislações tutelam

juridicamente parcelas da sociedade que corresponderiam tradicionalmente ao âmbito do Código Civil.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) foi uma das respostas que o direito privado brasileiro ofereceu na conjuntura de “sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada” (MARQUES, MIRAGEM, 2012, p. 19). Em consequência, verifica-se que a ressystematização possibilitada pela Constituição Federal de 1988 enseja o “diálogo de todas estas fontes legislativas” (MARQUES, MIRAGEM, 2012, p. 27), de acordo com os fundamentos e objetivos constitucionais, em direção a um novo direito privado, este sim, “que pudesse orientar esta pessoa *livre e igual* para uma convivência digna em uma sociedade solidária, isto é, para o aparecimento de um sujeito de direito mais fraterno, e coletivamente responsável na vida privada em sociedade” (MARQUES, MIRAGEM, 2012, p. 27).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), dessa forma, estabeleceu uma consistente arquitetura jurídica de proteção ao consumidor, tanto pela perspectiva individual como coletiva. No entanto, o sistema de proteção do consumidor erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, em consonância com a Constituição Federal, sofre permanente confronto com o avanço da mercantilização imposta pelo sistema capitalista, especialmente em sua forma neoliberal, na mesma medida em que, por outro lado, torna-se mais necessário justamente por estar inserido neste sistema. No capitalismo contemporâneo, globalizado, é razoável afirmar que há um pressuposto de que todas as pessoas são consumidoras. Com efeito, a manutenção do sistema se dá pela via do consumo e do trabalho (meio pelo qual os bens e serviços consumidos são produzidos), e não pela participação política do sujeito nos rumos da sociedade (elemento mais próximo da cidadania) ou, ainda, como poderia ser, pela colaboração coletiva para resolução das necessidades coletivas e/ou individuais. Conforme define Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2008, p. 26):

A ‘sociedade de consumidores’, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação.

Nesse contexto, é fundamental mencionar o Código Civil de 2002 no quadro analítico até então desenhado. Não mais constituído pelo sujeito (proprietário) como sua figura principal, o Código Civil de 2002 contou com a permanência de diversas categorias estruturantes, no entanto, sem olvidar de projetar as demandas contemporâneas e inserir os “princípios e direitos fundamentais nas relações entre particulares” FACHIN, 2015, p. 36). Diante disso, considerando as novíssimas transformações da sociedade contemporânea, seja ela considerada sociedade de hiperconsumo, ou apenas mais um desdobramento do capitalismo de consumo derivado da economia de mercado clássica, é fundamental não olvidar que “a proteção do consumidor no Brasil é um princípio, um princípio de origem constitucional” (MARQUES, MIRAGEM, 2012, p. 149). Deve, portanto, balizar as alterações legislativas e mesmo a atuação cotidiana dos profissionais do direito, bem como de toda a sociedade, haja vista o consumo compulsório *em um clique* que caracteriza o tempo presente.

4. POSSÍVEIS TRANSFORMAÇÕES NA COMPREENSÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Apresentadas as bases teóricas sobre a Teoria dos Sistemas Sociais, bem como sobre a formação da proteção ao consumidor no Brasil contemporâneo, cabe relacionar ambos os temas. O objetivo deste tópico é também fornecer uma releitura sobre a proteção ao consumidor no direito brasileiro a partir das contribuições teóricas possivelmente fornecidas pelo campo investigado por Niklas Luhmann.

Dessa forma, inicialmente, é importante ressaltar que o a abordagem realizada pelo Direito por meio da Teoria dos Sistemas Sociais possivelmente implica em uma nova forma de compreender o fenômeno jurídico (ROCHA; STURZA, 2014, p. 8). Essa modalidade representa uma nova concepção das normas jurídicas confrontadas ou consideradas por uma teoria que contém em sua estrutura a comunicação entre as diferentes estruturas sociais como elemento central. Além disso, a partir desse encontro pode se extrair uma abordagem científica apta à “compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos, estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do Direito e da sociedade” (ROCHA; STURZA, 2014, p. 8).

O Direito, portanto, está inserido em um padrão comunicativo que é primordialmente construído a partir da linguagem (ROCHA; STURZA, 2014). A complexidade da contemporaneidade é constantemente intensificada a partir dos processos de globalização (SANTOS, 2005) e das recentes crises econômicas, sociais e, até mesmo, sanitárias. Nesse sentido, o sistema Direito tem entre suas funções principais a redução da complexidade existente na sociedade, o que ocorre pelos instrumentos normativos do Direito, como as leis, as decisões judiciais, etc.

Nesse sentido, a especialização do direito também é analisada por Luhmann, na medida em que o autor assevera que a interação social entre os sistemas tende a gerar cada vez mais complexidade, o que, por sua vez, demanda a formação de mais sistemas capazes de gerir a complexidade (ROCHA; SCHWARTZ, 2005).

É possível, então, relacionar a importância dos direitos fundamentais para a sociedade contemporânea recheada de complexidade. Conforme abordado anteriormente, os direitos fundamentais já não possuem a mera função de representar barreiras quanto à ação ilimitada do Estado, tendo, também, a tarefa de garantir padrões mínimos de direitos aos cidadãos. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais podem agir limitando a expansão indefinida de sistemas sociais considerados destrutivos (TEUBNER, 2016).

A proteção ao consumidor, por sua vez, é considerada no sistema jurídico brasileiro um direito fundamental. Teoricamente, é importante destacar que se trata de uma ferramenta do sistema direito para refrear a atuação de outros sistemas, como o sistema da política e o sistema da economia, os quais, por vezes, podem tender a desconsiderar os direitos dos consumidores, até mesmo pela natureza e razão de ser que tais sistemas possuem. Da mesma forma, em outras ocasiões, a proteção ao consumidor foi fortalecida pela atuação desses sistemas, o que pode ser exemplificado pela inserção da proteção ao consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (conforme adiantado, um produto conjunto do sistema direito e sistema da política).

Além disso, outra questão fundamental que pode ser apontada na temática dos direitos fundamentais pela perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais é a ideia de inclusão (ELMAUER, 2016). Na teoria luhmanniana, a inclusão consiste na incorporação das pessoas às prestações básicas de quaisquer sistema social de uma dada sociedade (ELMAUER, 2016). Conforme Douglas Elmauer, “apesar do imperativo por inclusão, a modernidade traz consigo, paradoxalmente, a exclusão de grande parte da população mundial” (ELMAUER, 2016).

Nesse sentido, o capitalismo enquanto sistema de mercado que rege a economia mundial desde a idade moderna (ainda que com significativas modificações), não é capaz de promover a inclusão de todas as pessoas nos subsistemas da sociedade. Identifica-se, então, que a exclusão de uma determinada pessoa ou determinado grupo de certo sistema da sociedade provavelmente implicará na exclusão dessa pessoa ou grupo em outros sistemas sociais. É importante compreender, afinal, que essas “cadeias de exclusão não são um legado das sociedades tradicionais, mas sim um produto da própria modernidade” (ELMAUER, 2016). Com efeito, ao identificar a tendência imperante no capitalismo de exclusão de segmentos sociais da sociedade, nota-se a importância de uma estrutura robusta de proteção aos direitos fundamentais para a refrear a atuação destrutiva do sistema da economia nesse sentido.

5. Considerações finais

A presente pesquisa buscou ressaltar as possibilidades fornecidas pelo enlace entre o Direito do consumidor na contemporaneidade e a Teoria dos Sistemas Sociais, considerando, inclusive, o consumo como um dos elementos centrais do capitalismo contemporâneo. Nessa perspectiva, a convergência das demandas atuais de grupos historicamente oprimidos e explorados, como os consumidores, pode contar com efetivos avanços em caso de ser levado em conta uma perspectiva de direitos fundamentais e proteção ao consumidor atualizada pelas contribuições da Teoria dos Sistemas Sociais.

Portanto, ainda que a teoria tradicional atenha-se ao surgimento dos direitos fundamentais numa toada de fundação a partir dos direitos individuais, e após isso avanço para os direitos coletivos, direitos dos povos ou da solidariedade, percebe-se que o cerne dessa concepção de direitos humanos desconsidera outros efeitos da própria Modernidade, como as cadeias de exclusão.

Assim, percebe-se que o capitalismo contemporâneo, notadamente reestruturado pela tendência neoliberal, promove muitas vezes uma expansão enquanto sistema a ponto de desconsiderar a atuação de outros sistemas, que possuem um código de funcionamento diferente. Dessa forma, a própria manutenção e respeito aos direitos fundamentais, por exemplo, acaba por ser comprometida pela incapacidade do sistema direito frente ao sistema da economia e sistema da política, o que é perceptível em alguns casos como o da proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Carlos Lasarte. El derecho civil em la epoca codificadora y vicisitudes posteriores. *In: Centenário del Código Civil (1889-1989)*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. **Direito.UnB**, maio – agosto de 2016, v. 02, n.02, p. 11-43.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. 226p.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 238 p.
- HARVEY, David. **O Neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger, São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento Econômico, Capitalismo e Direito do Consumidor no Brasil: afastando o argumento de “paternalismo jurídico”. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 108. ano 25. p. 243-263. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. *In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. O diálogo entre sociedade e direito na era contemporânea: perspectivas através da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; SILVEIRA; Clóvis Eduardo Malinverni da; FREITAS, Lorena de Melo (coords.) Filosofia do direito II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016. p. 146-147.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

UHLMANN WILLANI, Sheila Marione; ROCHA, Leonel Severo. O direito fraterno como meio de comunicação simbólico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, [S. l.], n. 5, p. 3–16, 2018. Disponível em: <https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/65>. Acesso em: 12 fev. 2022.