

SUBSEÇÃO III - DIREITO ADMINISTRATIVO

1. ARTIGO

1.1. ESTADO, DIREITOS DO CONSUMIDOR E REGULAÇÃO – EM BUSCA DA RACIONALIDADE NORMATIVA DO PROCON/MG

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Mestre e doutorando em Direito Civil pela PUC/SP

Professor do Centro Universitário do Triângulo

Professor de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Sócio-fundador do Instituto de Direito Privado

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Introdução. 2. Origens Filosóficas do Estado. 3. Aspectos Jurídicos das Fases Estatais. 4. Direitos Humanos Fundamentais, Inserção do Consumidor e Estado. 5. A Inflação de Direitos e a Fuga do Juiz. 6. Marco Regulatório Geral e Específico: Caminhos para um Direito Reflexivo. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. Introdução

O objetivo desse comentário, mesmo que breve, é enfatizar, em forma de pesquisa, a evolução de conceito de Estado enquanto órgão expedidor de normas jurídicas para a necessária estabilidade social, já que se vive em alteridade.

À guisa de ilustração, enquanto parte da doutrina se curva à tendência de não aceitar a regulação ou o poder normativo das agências reguladoras, porque há o contraste de éditos de caráter secundário com o princípio da legalidade ou reserva legal, redundando na ótica de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, acreditando apenas num monismo jurídico, outros setores já consideram mais que necessária a atividade regulatória, tendo em vista a hipercomplexidade de fontes de direito, ou seja, um pluralismo normativo (FARIA, 2004).

Contudo, mesmo assim, insista-se que a tarefa não será fácil, na medida em que o balizamento de todas as situações igualmente deve perpassar pelos *direitos fundamentais*, o que vai exigir do operador da lei uma leitura altamente divorciada dos padrões positivistas e dogmáticos tradicionais, de forma a conclamar uma leitura constitucional do direito (BARROSO, 2003).

Sem o manto dessas referências, obviamente, o caminho que se propõe sairia do nada para chegar a lugar nenhum.

2. Origens Filosóficas do Estado

Basicamente em quatro fases mais prevalentes pode-se identificar as origens filosóficas do Estado. Stuart Mill lembra que o Estado tem suas origens nas cavernas. Sabe-se do *pré-determinismo*, através dos gregos, em que o chefe da caverna sentava de costas para o povo de sua tribo olhando para fora, e era ele quem determinava quando o bando poderia sair para caçar. No começo, escolhido o chefe pela força. Depois, porque filho de Deus. Assim, o filho do chefe seria o futuro chefe.

Essa relação entre o chefe e os membros de sua tribo era de poder (de um lado) e sujeição (de outro), que mais tarde foi chamada de *status*. Daí a razão de diversas designações paradigmáticas – Estado, estatutário –, o que acabou por contaminar o mundo. A tal ponto que, pouco antes da Idade Moderna, Hobbes justificou os direitos naturais do Estado em face do homem, pretextando a ideologia filosófica do absolutismo – ESTADO-sociedade-homem (BONAVIDES, 2004).

Após isso, interessante recordar que na história da humanidade foi possível conviver com duas grandes revoluções, ou alterações de valores. Uma diz respeito à liberdade; a outra, à igualdade. A liberdade absoluta consagrou o Estado Liberal. A igualdade absoluta, o Estado Socialista ou Proletário. O temperamento da liberdade com a igualdade fez surgir o Estado Social de conteúdo programático. Mas a necessidade de tornar as constituições instrumentos de aplicação imediata tornou o Estado Social de conteúdo programático em Estado Social dos direitos fundamentais (MACHADO NETO, 1987).

A burguesia, ao alcançar o poder após a Revolução Francesa, abrigou-se justamente na teoria dos direitos naturais para destruir os privilégios do absolutismo e do feudalismo. Como se vê, o direito natural era base tanto do absolutismo quanto do liberalismo; contudo, nesse último caso, sob o rótulo do jusnaturalismo, ou seja, direitos naturais voltados à liberdade humana em oposição ao Estado. Esse direito natural advindo do liberalismo criaria a seguir as bases dos direitos fundamentais.

Dizer-se-ia que, para o liberalismo, a única figura a ser defendida era do indivíduo contra o Estado, por isso o liberalismo passou a erigir obstáculos ao monopólio do poder, que sempre foi uma característica do Estado. Daí, se a primeira fase foi a do *pré-determinismo*, a segunda fase foi a do *determinismo liberal*, em que o homem, com sua inteligência, passa a dominar o mundo, o homem *ordena o jurídico* (não mais o Estado), decorrendo *daí o surgimento do contrato*. O Estado é apenas um mal necessário, existindo apenas para a liberdade das pessoas e não antes das pessoas – HOMEM-sociedade-estado.

Com o advento da Revolução Industrial, tem-se agora a fase do *determinismo social*, escorado nas idéias de Marx. Para o determinismo social, o necessário era vencer a opressão do capital, através das massas. Se no determinismo liberal há a prevalência

do homem sobre o Estado e sociedade, no determinismo social há a prevalência das sociedades sobre o indivíduo. Aqui, o Estado está sob domínio social, sob o domínio de partidos, nascendo com isso a burocracia – SOCIEDADE-homem-estado (RADBRUCH, 1979).

Na quarta fase, em que vivemos, há uma tentativa de conciliação, sem a sobrepujança de um quanto aos outros, sendo fixados os princípios de segurança e liberdade, havendo relação de cooperação entre o social e o individual. Essa fase é compreendida como personalismo – indivíduo-sociedade-estado (FARIAS, 1996).

3. Aspectos Jurídicos das Fases Estatais

As fases acima citadas, pelas quais o Estado se desenvolveu (e, evidentemente, coexistiram muitas outras, mas não de vital importância), têm suas características jurídicas próprias, que acompanham a ideologia respectiva.

A fase pré-determinista refere-se a um direito repressivo, sem racionalidade, em que os juízes apenas julgavam de acordo com o chefe do Estado e, portanto, eram bocas do rei. Tepedino (1999) lembra de uma passagem famosa na Roma já em decadência em que o juiz corrupto julgava apenas de acordo com seus interesses próprios ou interesses de Roma, o caso de Larapius – iniciais de Lucius Antonius Rufius Apius.

Há de se destacar que a grande revolução que houve não foi nem a francesa nem mesmo a industrial. A grande revolução que acabou por contaminar toda a humanidade foi a do racionalismo jurídico do séc. XVIII, cujas bases eram voltadas a conceder fundamentação ao direito enquanto instrumento catalisador e disciplinador da sociedade. Hoje esse racionalismo vem na CF, art. 93, inciso IX, com o nome de motivação, mas nada mais é que a própria razão, cujo marco remonta ao racionalismo jurídico.

Esse racionalismo é contemporâneo e ideologicamente ligado à fase determinista liberal, que mais tarde vai se acentuar no pensamento de Kelsen, quanto à pureza do direito, e traduzir uma cientificidade através do estudo da norma jurídica. Desse modo, o direito passa a ser entendido como racional, baseado num legislador operoso, num sistema completo e fechado, sem lacunas, em que a norma jurídica, para ser válida, deve ter um mínimo de eficácia (dever ser), deve decorrer de uma autoridade competente (legitimidade) e, sobretudo, deve estar de acordo com a norma superior. Assim, o direito natural dá lugar ao direito posto pelo positivismo, com racionalismo formal e estrutural, visando garantir que todos tivessem conhecimento da lei e dela não pudessem alegar desconhecimento (DINIZ, 2003).

Há uma situação triangular normativa. Um direito para o qual a sociedade é homogênea e a norma é neutra, sem conteúdo social. Agora, está-se diante um direito autônomo, em que o juiz não pensa, senão emite a vontade da lei, um juiz *boca da lei*.

No processo civil, por exemplo, isso irá travar duas teorias exuberantes sobre a jurisdição desse direito autônomo. A primeira, de Chiovenda, a teoria dualista, em que a jurisdição é voltada para a atuação da vontade da lei, por isso são duas atividades – a atuação da lei e uma sentença, separando o direito material do direito processual. A segunda, de Carnelutti, enxerga a jurisdição como a criação de uma norma individual pelo juiz e que se impõe às partes, chamada de monista. Na realidade, ambas são vazias de conteúdo social, especialmente no que respeita ao acesso à justiça e à efetividade de direitos humanos, a ponto de satisfazerem muito mais a pretensão de *segurança jurídica* do que de justiça – dogma da coisa julgada e o arresto: o devedor e o patrimônio (MARINONI, 2005).

A fase do determinismo social incutiu no plano normativo romano-germânico transformações profundas no ramo trabalhista, retirando-o do direito civil (trabalho de uma família por um prato de sopa), e muito contribuiu para os aparelhos doutrinários, a exemplo de Leon Duguit, contudo especialmente na figura do alemão Antón Merner, que lançou as bases de um positivismo jurídico socialista, com o livro intitulado *O direito civil e os pobres*, no final do século XIX de forma a criticar o recém-lançado BGB, de Savigny.

Já na fase do personalismo, em que se busca a conciliação entre Estado, sociedade e indivíduo, há primeiramente a continuidade do positivismo jurídico, mas agora sob outra faceta, a faceta do direito responsivo. Esse direito é dotado de um racionalismo de conteúdo material e não formal, portanto diferente do direito autônomo. De outro lado, não é preso à norma, mas ao sistema jurídico, com estratégia prospectiva, com visão para o futuro e controle social antecipado, ou seja, a transformação social pelo direito e a explosão da função social (BOBBIO, 1977). Aqui se reconhece a incompletude do sistema para trabalhar diretamente com a Constituição. Bom exemplo disso entre nós é o CCB ou a lei de planejamento familiar.

Ainda no personalismo exsurgiram outras teorias filosóficas que abandonam o positivismo ou o neokantismo para alcançar os padrões que sejam mais perfeitos ao mundo globalizado, criando entre nós a teoria dos direitos fundamentais, ou seja, aquilo que se apresenta por decisões fundamentadas sobre a estrutura do Estado e da sociedade e sua posição sobre a pessoa humana (DWORKING, 2002). Aqui deverá o operador da lei levar em conta o princípio da legalidade substancial, ou seja, a legalidade agregada aos valores constitucionais. Prevalece a idéia de que entre os princípios, que são regras de otimização, não haverá antinomia, senão peso ou proporcionalidade (DWORKING, 2005).

Por isso, a essa última concepção do Estado personalista melhor defini-la como direito reflexivo (TEUBNER, 1993), que busca a adequação dos direitos fundamentais por toda sociedade e através de inúmeros instrumentos que não somente o Judiciário, valorizando principalmente os tratados internacionais que buscam a efetividade dos direitos humanos fundamentais, e que também se liga à idéia de que a cada direito

subjetivo de um cidadão ou do Estado corresponde ao mesmo tempo seu dever jurídico de agir ou se omitir.

Nesse direito reflexivo concorrerá a idéia de grupos sociais que negociam suas diferenças mediante concessões recíprocas e socialização dos riscos.

4. Direitos Humanos Fundamentais, Inserção do Consumidor e Estado

Tem-se como importante lembrar a classificação de Bobbio (1992), no Brasil defendida por Bonavides – quanto às gerações de direitos humanos. A primeira geração tratou da defesa da liberdade. A segunda, dos direitos humanos vistos do ponto de vista igualitário e social. A terceira buscou solidificar os direitos humanos através da solidariedade, enfatizando a idéia dos interesses difusos e coletivos. Por fim, os direitos humanos de quarta geração consagraram os direitos das minorias, e os relacionados à biogenética.

Contudo, a noção de direitos humanos fundamentais é divergente da noção de direitos humanos. Os direitos humanos são aqueles hauridos das declarações internacionais sobre posições adotadas por países que fazem parte de bloco cuja agenda atenda interesses relativos à dignidade da pessoa humana, ao passo que os direitos humanos fundamentais são os direitos humanos retirados das declarações internacionais e positivados na Constituição de determinado Estado-membro. Portanto, os direitos humanos refletem valores globalizados internacionalmente e que incidem sobre a soberania de determinado país, positivando-os como normas aptas à aplicação imediata (ROBLES, 2005).

Por exemplo, os direitos do consumidor ganharam *status* de direitos humanos fundamentais no Brasil, consoante se observa do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Evidentemente assim ocorreu porque anteriormente já havia um histórico internacional de reconhecimento de sua vulnerabilidade e necessidade de proteção. Na década de 60, John Fitzgerald Kennedy consagrou o consumerismo (*everybody is a consumer*), assim como em 10 de abril de 1985 a Organização das Nações Unidas consagrou, através da Resolução n.º 39/248, o direito do consumidor como um direito humano, expedindo regras de proteção da saúde e segurança, educação, indenização, informação, entre outras.

Portanto, há uma ligação clara entre direitos humanos do consumidor (Resolução n.º 39/248 da ONU) com os direitos humanos fundamentais positivados em nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXII). No capítulo da ordem econômica, a CF voltou a estabelecer a defesa do consumidor como princípio de proteção do mercado, porque o mercado é feito não só de capital e fornecedor (quem produz), mas também do consumidor (quem escoa).

Somente para apontar a razão de ser desse reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos humanos e posteriormente como direitos humanos fundamentais, lem-

bra-se que o liberalismo, a igualdade formal e o abuso do direito sempre mitigavam os valores da pessoa humana em operações no mercado, dado que o contrato (hoje entendido como uma relação jurídica fundamental e, portanto, de cooperação) era utilizado pelo forte para oprimir o fraco. Leia-se a seguir trecho de Ross Cranston, ao mencionar o juiz britânico Lord Denning:

[...] tudo isto era feito em nome da liberdade contratual. Mas a liberdade estava toda no lado da grande empresa (*big concern*), que tinha o uso da máquina impressora. Nenhuma liberdade para o pequeno (*little man*) que recebia o bilhete, ou o impresso, ou a fatura. A grande empresa dizia 'pega ou larga' (*take or leave it*). O pequeno não tinha outra opção senão pegar. A grande empresa podia isentar-se – e isentava-se – de responsabilidades, no seu próprio interesse, sem consideração pelo pequeno. E fazia isso repetidamente (*time after time*). Quando os juízes (*the courts*) disseram à grande empresa 'você deve pôr isso em termos claros' (*clean words*), ela não hesitou em fazê-lo. Sabia bem que o pequeno nunca leria as cláusulas de exclusão de responsabilidade (*exemption clauses*) e que (se lesse) nem sequer as compreenderiam. (NORONHA, p. 40. No prelo.)

Em decorrência da adaptação dos direitos do consumidor como direitos humanos fundamentais, pode-se perceber então que nas relações de consumo, mesmo considerando-se que a grande maioria delas desempenhe uma relação jurídica privada, o Estado estará presente protegendo os vulneráveis de forma mediata – é *Drittwirkung* dos constitucionalistas alemães (ALEXY, 2005).

O próprio CDC, no art. 4º, inciso II, alínea *b*, ao estabelecer a política nacional das relações de consumo, determina (cogência) a presença do Estado. Assim, fica claro que, existindo um direito fundamental, ou seja, aquele direito humano constitucionalmente positivado, cumpre ao Estado, por meio das três esferas de Poder, atuar para editar leis protetivas, para agir de maneira acauteladora e repressora a quaisquer atentados a tais direitos e para julgar de maneira a promover a pessoa humana portadora de tais direitos e, ainda, por esses meios, exigir que o direito cumpra sua função garantidora de expectativas normativas. É isso o que Canaris (2003) chama de *imperativo de tutela*: ao Estado cabe tutelar os direitos humanos fundamentais na relação Estado-cidadão, mas também nas relações cidadão-cidadão. Nas relações de natureza consumerista, cabe ao estado e aos próprios envolvidos respeitarem os direitos humanos fundamentais. É como ensina Canaris (2003, p. 58):

E aqui a função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela ajudamos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a eficácia mediata dos direitos humanos fundamentais em relação a terceiros, da qual, na substância, se trata aqui. Designadamente, mantém, por um lado, a posição de que é apenas o Estado o destinatário dos direitos fundamentais, já que é sobre ele que recai a obrigação de

proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro

Destarte, claro resta que os direitos do consumidor são reconhecidamente direitos humanos fundamentais passíveis de tutela por parte do Estado, na figura de qualquer de seus poderes.

5. A Inflação de Direitos e o Juiz Indiferente

Relatada a importância do reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos humanos fundamentais, o que se mostra como um alento na sociedade de massa, cabe a lembrança de que de outro lado, com o crescimento populacional, com a modificação da cartografia mundial, assim como com o estupendo avanço tecnológico (especialmente na área de comunicação), outros direitos fundamentais vão surgindo, de forma a conceder-nos, agora, uma visão setorial da população.

Homossexuais, transexuais, bissexuais visitam o direito de família. Os negros de casa grande e senzala lutam por políticas públicas de afirmação em cotas raciais. Os índios, em redoma normativa, mantêm seu meio ambiente e sua cultura. Os portadores de deficiência física clamam pela inclusão urbana, trabalhista e pública. Os idosos ganham cada vez mais espaços tutelares e gratuidades em serviços públicos. Tudo isso evidentemente em função de ditos direitos humanos, que são positivados e transformados em direitos humanos fundamentais.

Ora, com tantos direitos fundamentais assim disseminados, quase impossível é uma atuação plena do Estado, porque, como diz Reale (2002), está-se diante de um totalitarismo normativo admitido por nossa Constituição Federal.

É, portanto, justamente essa quantidade de *direitos* que vai afastando diversos setores dos pleitos judiciais. Primeiro, porque o Judiciário, como é de fato público e notório, não dispõe de uma estrutura capaz de jurisdicionar todos esses conflitos. Segundo, porque somente agora, com o advento do Código Civil de 2003, estão os juízes iniciando uma fase contemplativa do direito responsivo (função social, etc.), sendo certo que muitos ainda permanecem *boca da lei*. Terceiro, porque o tempo processual lento, lerdo e modorrento não é compatível com a automatização do pós-modernismo. Tudo isso leva a uma crise chamada de *crise de decidibilidade*.

Por isso, leis, normas, decretos e resoluções vão sendo emanados para tantos direitos, o que leva à existência de uma hipercomplexidade de fontes de um lado, e, de outro, de instrumentos não-judiciais para a solução desses conflitos (árbitros, federações e confederações, com tipos deontológicos, justiça desportiva, e órgãos públicos com

poderes de fiscalização, autuação e decisão).

Se antes o juiz era um convidado de pedra no direito do estado liberal, apenas aplicando a lei (um *juiz paciente*), se antes o juiz do estado social era um juiz que complementava a norma (um *juiz agente*), hoje tem-se o juiz apenas para a resolução daquilo que não tem acordo ou deslinde interno; portanto, um *juiz indiferente*.

6. Marco Regulatório Geral e Específicos: Caminhos para um Direito Reflexivo

Correlato a essas ponderações, é forçoso reconhecer que o programa de desestatização das empresas públicas deu novo impulso aos serviços públicos no Brasil e foi a causa imediata da regulação que passou a atingir diretamente os consumidores.

Assim, a venda do patrimônio público, a alienação de capital acionário ou a delegação de serviços públicos visavam especialmente a duas finalidades interessantes e necessárias. A primeira era a *retirada* do Estado como agente produtor ou *competidor no mercado*, porque sua máquina e sua burocracia encareciam o sistema tarifário. A segunda era a idealização da prestação de serviços públicos adequados, seguros, contínuos e eficientes (FIGUEIREDO, 2004).

Vingou a proposta normativa, através da Emenda n.º 19/98, segundo a qual o serviço continuaria sendo público, mas a atividade poderia ser delegada ao setor privado, que, através de diversos agentes, competiria tanto no preço público (tarifa) como na qualidade do serviço (eficiência). Evidente que isso foi objeto de críticas notabilíssimas no direito pátrio, desde Mello (2001), passando por Bonavides (2004) e chegando ao STF na figura do Ministro Marco Aurélio de Melo. Contudo, também deve ser dito que aquele Estado-gigante merecia ser defenestrado porque a desestatização, seguida da regulação, tem por base pôr fim ao desperdício, à ineficiência e à corrupção.

Outros cederam ao argumento de que a criação das agências reguladoras seria mote de quebra do primado da legalidade, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei. Ocorre que a atividade reguladora das agências é secundária às próprias leis que as criaram, sendo inerente a qualquer órgão do poder público expedir institucionalmente seus atos administrativos.

Portanto, quer-se crer que a desestatização e a criação das agências reguladoras não foi pior para o consumidor, dado que seria ele o diretamente beneficiado, considerando-se o preço, a qualidade e a universalização do serviço em comparação com aquele antigamente prestado pelo próprio Estado.

Existem os órgãos reguladores, ou seja, aqueles que fiscalizam as empresas privadas que prestam serviços públicos e têm por missão “[...] regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público e o interesse dos consumidores, para melhorar a qualidade do serviço, dos

produtos e buscar a democratização do sistema”.

Evidentemente que isso é possível em se tratando de serviço público porque o art. 22 do CDC tem regra específica para os serviços assim considerados. De outro lado, as leis que criaram as agências reguladoras fazem menção aos direitos dos usuários e consumidores e delas ainda emana comando hermenêutico de aplicação do CDC de forma subsidiária. Assim se dá na Lei n.º 9.472/97 (ANATEL), na Lei n.º 9.427/96 (ANEEL), na Lei n.º 9.782/99 (ANVISA) e na Lei n.º 9.961/2000 (ANS).

Com isso, é possível entender a existência de um marco regulatório como sendo a regulação dos serviços públicos por normas diretamente incidentes no desenvolvimento de determinada atividade ou constituintes do arcabouço normativo que estabelece as regras principais que subordinam os agentes econômicos que realizam a dada atividade. Todavia, carece sempre explicar que esse marco regulatório é caracterizado não pela imposição exclusiva da defesa do consumidor, senão pelo consenso de normas sobre o tema (MIRAGEM, 2004).

Pode-se perceber que concorrem para esse consenso normativo leis que: a) estipulam a relação entre o prestador de serviço público e o Estado (delegação); b) estipulam a relação dos prestadores de serviço entre si (concorrentes); c) estabelecem a relação entre os prestadores de serviço público e os consumidores. A partir disso, são identificados dois tipos de marcos regulatórios. Um, de natureza geral; outro, de natureza específica ou setorial.

O marco regulatório geral diz respeito às leis comuns aplicáveis aos diferentes tipos de serviços públicos prestados por delegação. Vale dizer: o CDC, a Lei Antitruste, a Lei de Concessões e Permissões. Já os marcos regulatórios setoriais dizem respeito às legislações que afetam apenas a atividade econômica havida em determinada prestação de serviço público – por exemplo, se for energia elétrica, as regras da ANEEL, se for telecomunicações, as da ANATEL.

Aqui, há algo interessante a ser dito sobre o CDC. A tutela administrativa posta no CDC (art. 55 ao art. 60), juntamente com o Decreto n.º 2.181/97 – e em Minas Gerais com a Constituição Estadual, que concede competência normativa e institucional ao Ministério Público na administração do PROCON/ESTADUAL, que levou a regular a IN 01/03 –, permite tornar efetiva a defesa do consumidor, inclusive com a instauração de procedimentos administrativos sancionatórios cuja multa passa a ser remetida ao FUNDO ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR quando da dívida ativa.

Há assim uma atividade administrativa que se encarrega de fiscalizar as relações de consumo, a elaborar o cadastro anual de reclamações contra fornecedores, apurar práticas abusivas nos termos do art. 39 do CDC e impor as penalidades cabíveis. Contudo, o importante passo é que haverá um *diálogo de fontes normativas*, porque muitas vezes o procedimento administrativo irá se basear tanto num marco regulatório geral

e num outro específico – como, por exemplo, na apuração de adulteração de combustíveis ou venda GLP, em que tanto as normas regulamentares advindas do CDC (Decreto n.º 2.181/97) quanto as normas provenientes do PROCON/MG (IN 01/03), assim como as normas da ANP sustentarão a aplicabilidade ou não de sanções.

Vê-se, portanto, que o Ministério Público, nesse viés, supera a proclamação de antinomias. É certo que, às vezes, pode ocorrer que uma norma expedida pela agência reguladora esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Nesse caso, o *imperativo de tutela* legitimará o Ministério Público a encetar toda a movimentação para adequar a relação de consumo ao marco regulatório geral que tem proeminência ao marco regulatório específico, reafirmando o papel do Ministério Público na proteção dos direitos humanos fundamentais. Se houver necessidade de recorrer ao Judiciário, essa tarefa será dada ao fornecedor e não ao consumidor, que é vulnerável, inclusive no acesso à Justiça.

Vê-se, portanto, que não há uma antinomia. Às vezes, pode ocorrer que uma norma expedida pela agência reguladora esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; nesse caso, pode ser suscitada judicialmente a preferência normativa mais adequada ao caso. Exemplo: a fidelização de celulares. Mas o marco regulatório geral do CDC também pode ser invocado em face de alguma concessionária se a prestadora de serviços (CEMIG) ferir frontalmente algum direito fundamental.

Foi explicitado que o direito reflexivo advém justamente desse Estado personalista em que há um enxame de direitos fundamentais e onde há uma hipercomplexidade de fontes normativas. Esses marcos regulatórios hoje passam a substituir de forma proeminente o mais que degringolado sistema judicial, fornecendo meios institucionais próprios para efetivamente garantir uma boa prestação de serviços ou a venda adequada de produtos, sem que haja necessidade de sempre se recorrer ao Judiciário. Mais que consolidada, senão, a fuga do juiz.

Disso retira-se claramente que, a considerar os direitos humanos fundamentais relativos ao consumo, o marco regulatório geral e os marcos regulatórios específicos e, sobretudo, a Constituição do Estado de Minas Gerais, presente está a racionalidade jurídica e a legitimidade normativa do PROCON/MG na atuação a favor dos consumidores, exemplo que poderia ser seguido pelos outros Estados da Federação.

7. Conclusões

A evolução dos vários tipos de Estado levou a um consenso entre Estado, Sociedade e Indivíduo, o que podemos denominar como Estado personalista. Ao que parece, a tendência ideológica do direito que acompanha essa nova faceta do Estado é reflexiva, porque exige consenso dos diversos setores para a concreção dos direitos humanos fundamentais, abandonando-se as fórmulas anteriores de busca do Poder Judiciário como único garantidor de tais direitos. Não há dúvidas de que, no plano filosófico,

a existência normativa e o agir do PROCON/MG, órgão de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

De qualquer forma, fica a advertência de que, muito embora haja sérias críticas quanto à desestatização das empresas públicas no Brasil, a regulação consegue se impor como importante instrumento de respeito ao consumidor, na medida em que o balanceamento axiológico importará na tutela da dignidade da pessoa humana. Até porque o que se discute é a eficácia dos direitos humanos fundamentais, ou melhor, a produção social da eficácia, que é a efetividade, promovendo o direito da instância meramente *ideal* para uma transformação ontologicamente *real*. É como se sabe: direito que não gera direito é abstração.

8. Bibliografia

ALEXY Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studdi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____. (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. Tradução Adolfo Posada. Granada: Comares, 1998.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor*. No prelo.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.