

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE

**Recife
2002**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE

**Tese apresentada à Coordenação do
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
visando obtenção do título de Doutor em
Direito.**

Orientador. PROF. DR. PAULO LUIZ NETTO LÔBO

**Recife
2002**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Banca Examinadora

Tese defendida em __05__ / __02__ / __03__

Resultado final 10,0 (dez)

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS NA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL

Sumário: 1. Premissas iniciais. 2. A supremacia dos princípios constitucionais. 3. A estrutura normativa bidimensional do sistema jurídico constitucional. 4. O princípio da proporcionalidade como dirimente da colisão de princípios. 5. A unidade da Constituição e a interpretação constitucional. 6. A interpretação constitucional e o Estado Democrático de Direito como princípio estruturante. 7. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana. 8. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana nas constituições brasileiras.

1. Premissas iniciais

O fio condutor do presente trabalho, como se depreende do título proposto, exige uma investigação acurada dos princípios que informam atualmente as relações jurídicas contratuais e, nomeadamente, as relações contratuais de consumo frente ao cenário globalizado, onde o papel do Estado está visceralmente modificado. Entretanto, para se alcançar esse nível de abordagem principiológica, é mister estabelecer algumas premissas básicas, quais sejam:

- a) reconhecer os princípios no sistema de fontes e na posição hierárquica, dado seu caráter de fundamentalidade;
- b) compreender os princípios e as regras como espécies normativas determinantes de toda a ordem jurídica;
- c) fixar a tipologia de regras e princípios ;
- d) ressaltar a igualdade normativa entre regras e princípios.

Julga-se que, a partir dessas premissas, os vetores fundamentais ao desenvolvimento do trabalho, restarão delineados.

2. A supremacia dos princípios constitucionais

Hoje, os princípios ocupam posição de destaque no sistema de fontes, porque detêm a primazia na escala hierárquica. Ao contrário do Estado liberal, pois neste havia a prevalência da lei e aos princípios cabia o papel de coadjuvante no sistema de fontes. Como exemplo, veja-se a ordem proposta pela Lei de Introdução ao Código Civil.¹

Essa ordem foi alterada somente com o advento do Estado social, quando o caráter supletivo e último, atribuído aos princípios gerais de direito foi objeto de reviravolta. Os princípios, assim, assumiram posição de destaque na pirâmide normativa, passando a conformar a lei e não mais o inverso.² Essa inversão deve-se ao fato da reconhecida insuficiência da lei para realizar os anseios sociais, ao passo que, os princípios, dada sua natureza fluida, permitem seu preenchimento a partir dos valores, ou seja, os princípios servem de instrumentos materializadores dos valores supremos intrínsecos à sociedade em determinado contexto, quer dizer, os princípios radiografam os fundamentos da ordem jurídica.

A respeito, veja-se a contribuição de Luís Roberto Barroso:

Princípios são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, são as normas eleitas pelo constituinte originário como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.³

Consoante José Afonso da Silva,⁴ a Constituição Federal de 1988 elegeu três princípios estruturantes do Estado brasileiro, são eles:

- a) República Federativa do Brasil;
- b) Poder e divisão de poderes;
- c) Estado Democrático de Direito.

¹ LICC – art. 4º **Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.**

² A respeito da inversão hermenêutica dos princípios ver Gustavo Tepedino. **Temas de direito civil**, 1999, p.18. Do mesmo autor ver Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Conferência da Faculdade de Direito de Coimbra**, 2000, p. 333. Ver ainda Paulo Luiz Netto Lôbo. Do poder familiar. **Direito de família e o novo código civil**, 2001, p. 146. Do mesmo autor ver Direito contratual e constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, 2000, p. 245.

³ Cf. **Temas de direito constitucional**, 2001, p. 65.

⁴ Cf. **Curso de direito constitucional positivo**, 1993, p. 89.

Adverte-se, que apenas o Estado Democrático de Direito como princípio estruturante será objeto de análise, dada sua pertinência com o tema do trabalho, a ser desenvolvida mais adiante. Ressalte-se que a concepção de Estado Democrático de Direito a que nos referimos é a de Estado Democrático e Social de Direito.

3. A estrutura normativa bidimensional do sistema jurídico constitucional.

A idéia de bidimensionalidade exige compreender o sistema jurídico constitucional como estrutura normativa aberta, composta de duas dimensões: regras e princípios. Por estrutura normativa aberta entenda-se a capacidade de absorção e de diálogo das normas constitucionais com a realidade social. A composição de regras e princípios significa dizer que norma é gênero do qual regras e princípios são espécies. Logo, as normas constitucionais tanto se revelam sob a forma de regras, como de princípios. Registre-se, entretanto, que essa construção não é uma tese uníssona.

Como nos filiamos à corrente que enxerga princípios, ao lado das regras, como espécie do gênero norma e considerando a enorme quantidade de autores que se debruçaram sobre o tema, achamos por bem, eleger como marco teórico os ensinamentos de Canotilho⁵. Ressalte-se, a consulta a outros autores, a exemplo de Alexy⁶, Dworwin⁷, Esser⁸, Lorenzetti⁹, Bobbio¹⁰ e José Afonso da Silva.¹¹

Para Canotilho, a diferença é qualitativa, e, para ilustrar, elenca alguns critérios distintivos entre princípios e regras. Segundo ele, os princípios contêm um grau elevado de abstração, o que os torna conceitualmente vagos e indeterminados, exigindo uma operação secundária de mediações concretizadoras, consoante as circunstâncias fácticas e jurídicas. As regras, ao contrário, primam pela clareza e pela possibilidade de aplicação imediata, recorrendo-se às vias interpretativas, numa incidência menor que os primeiros ou com menor mediação semântica. Os princípios coexistem diante de uma colisão, enquanto a estrutura

⁵ Cf. **Direito constitucional**, 3 ed., 1998.

⁶ Cf. **Teoría de los derechos fundamentales**, 1993.

⁷ Cf. **Taking rights seriously**, 1999.

⁸ Cf. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, 1961.

⁹ Cf. **Fundamentos do direito privado**, 1998.

¹⁰ Cf. **Teoria do ordenamento jurídico**, 1997, p.158.

¹¹ Cf. **Curso de direito constitucional positivo**, 9 ed., 1993.

normativa das regras é destituída dessa flexibilidade, porque em caso de conflito, excluem-se. No caso de colisão de princípios, lança-se mão do recurso do princípio da proporcionalidade; já as regras, estão no plano da validade e desconhecem qualquer espécie de mediação. Os princípios, enquanto mandato de otimização¹², aproximam-se dos valores radicados na idéia de Direito e de Justiça. Eles contêm exigências que devem ser realizadas em maior grau possível; as regras, por sua vez, são prescrições normativas concretas.¹³

Haja vista os variados critérios utilizados por Canotilho, julgamos importante destacar dois aspectos, quais sejam: o da tipologia de princípios e regras e o da igualdade normativa.

Quando se fala em tipologia, significa dizer que se forma um sistema interno estruturado sob vários tipos de princípios e vários tipos de regras com diferentes graus de concretização ou com diferentes densidades semânticas, isto é, uns precisam mais do que os outros da operação de concretização ou de densificação de conteúdo. Nessa perspectiva escalonada da estrutura normativa, quanto maior a intensidade de expressões deônticas de mandato, permissão ou proibição na norma, o grau de concretização exigido será menor. É o que se depreende da espécie normativa regra que possui um conteúdo definido, o que gera maior segurança nas relações jurídicas.¹⁴ Inversamente, a espécie normativa princípio caracteriza-se pela presença de conteúdos abertos, exigindo um maior nível de concreção, o que torna o sistema mais flexível e adaptado às mudanças. Assim, as regras densificam os princípios, os quais, densificam os valores.

No plano das regras Willis Santiago assim se manifesta:

As regras são entendidas e validadas pela sua referência aos princípios, os quais, por sua vez, possuem graus diversos de relevância para atingir a

¹² Robert Alexy. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1993, p. 86.

¹³ Cf. **Direito constitucional**, 3 ed., 1998, p. 1087/8. A propósito ver também Dworwin. Segundo ele, a diferença entre as espécies normativas, referem-se à direção da decisão, pois os princípios detêm uma dimensão de peso que as regras não têm. Cf. **Taking rights seriously**, 1999, p. 26-27.

¹⁴ Josef Esser manifestando-se a respeito afirma que somente abandonando a idéia esquemática de segurança oriunda da lei é que se abre cominho para revelar a importância dos princípios. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**, 1956, p. 35.

finalidade maior de um sistema jurídico democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana.¹⁵

No plano dos princípios, as observações de Canotilho:

Os princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno.¹⁶

O outro critério acima destacado refere-se à igualdade normativa, apesar da admissão de diferentes tipos de regras e princípios, formando um sistema interno. No entanto, quanto ao critério da validade, prevalência normativa e rigidez todas as normas (regras e princípios), têm igual dignidade normativa.¹⁷ Em decorrência dessa igualdade normativa é certa a existência de colisão entre as regras e entre os princípios, mas a forma de solucioná-las é distinta. A colisão se instaura quando duas normas aplicadas isoladamente conduzirem a resultados distintos e incompatíveis.

As regras estão no plano da validade, conseqüentemente, ou valem ou não valem. Há dois caminhos possíveis para resolver o conflito: mediante a inserção da cláusula de exceção, ou mediante a revogação da lei, sob pena de ser declarada inconstitucional. Quanto a primeira opção, a doutrina admite a inserção de cláusulas de exceção às regras, de modo a conformar uma ressalva ao seu conteúdo; entretanto, quanto maior a intensidade das expressões deônticas de mandato, permissão ou proibição informativas das regras aquele espaço conciliatório fica reduzido. Quanto à segunda opção, a revogação se verificará quando ocorrer uma das duas hipóteses: a lei especial derroga a lei geral (*lex specialis derogat*

¹⁵ Cf. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 268.

¹⁶ Cf. **Direito constitucional**, 3 ed., 1998, p.1099.

¹⁷ Idem, p.1099.

generali) e a lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*). Esta inclusive é expressa na Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁸

Ao inverso das regras, a natureza dos princípios, fluida e harmonizadora, possibilita a convivência e a coexistência entre eles numa colisão. Caso isso ocorra, lançar-se-á mão do recurso da ponderação ou balanceamento de valores e interesses circunscritos ao caso concreto.

4.O princípio da proporcionalidade como dirimente da colisão de princípios.

Viu-se que, entre os princípios, é cabível a hipótese de conflito sem significar sua exclusão. Os princípios, mesmo conflituosos, convivem harmonicamente. Diante de um caso concreto, o fato de um princípio ter sido utilizado ao invés de outro, não retira sua relevância. Essa característica enseja a utilização de um recurso próprio que resolva a colisão sem tirar o brilho do princípio. Isto se torna possível mediante a utilização do princípio da proporcionalidade ou do princípio da restrição menor possível, conforme Larenz:

Em relação ao princípio da proporcionalidade, trata-se de um princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma.¹⁹

No passado, o recurso utilizado para elidir o conflito entre direitos fundamentais se dava através da dicotomia entre direitos superiores / direitos inferiores ou direito subjetivo público / direito subjetivo privado.

Hoje este mecanismo não encontra espaço na doutrina, uma vez constatada sua inadequação para dirimir satisfatoriamente os conflitos entre princípios, principalmente, quando se reporta a direitos dotados da mesma dignidade constitucional.

¹⁸ LICC – Art. 2º, §1º - “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

¹⁹ Cf. **Metodologia da ciência do direito**, 2 ed. 1989, p. 494 e 501.

A doutrina e a jurisprudência preferem métodos concretos de balanceamento de direitos e interesse[...]. Com efeito, a priori e em abstracto, é juridicamente incorrecto dizer que um direito <pesa>, <vale mais> ou é <mais forte> do que o outro.²⁰

Os princípios são cambiantes e sua plasticidade permite uma aderência maior ou menor em consonância com as circunstâncias temporais, fácticas e jurídicas permeadoras do caso.

Desta forma, a utilização do princípio da proporcionalidade expande suas fronteiras e cresce o número de adeptos cômnicos da justeza e da adequação daquele instrumento como mecanismo dirimente da colisão de princípios.

O método do balanceamento ou de ponderação sugerido permite sopesar os valores e interesses, em cada caso concreto.

Lorenzetti, na mesma esteira de Canotilho, assim se manifesta :

A valoração pode ser de tipo comparativo quando de dois objetos se diz que um tem maior valor que outro, expressando-se juízos de preferência ou equivalência, neste caso o modo de interpretar o valor é, então, mediante um juízo comparativo, que denominaremos juízo de ponderação, já que se trata de estabelecer uma medida, um equilíbrio[...], destinado a estabelecer “seu peso no caso concreto.”²¹

No intuito de preservar a finalidade última do princípio da proporcionalidade é mister atender as exigências dos três subprincípios contidos no universo daquele. São eles: a adequação, a necessidade e a razoabilidade stricto sensu. Através deles se propugna afetar o mínimo possível o conteúdo essencial do direito fundamental.

²⁰ J.J. Gomes Canotilho. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**, 1995, p. 90.

²¹ Cf. **Fundamentos do direito privado**, 1998, p. 287.

Nestes termos, a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos é defensável, em virtude de outro bem ou de um objectivo jurídico reconhecido como de grau superior.²²

Dessa forma, o sopesamento dos direitos e bens jurídicos precisa estar em conformação aos três subprincípios e de maneira simultânea na averiguação dos fatos.

Una norma razonable será, aquella que sea: a) adecuada al fin; b) la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas; y, finalmente, c) respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa.²³

Viu-se que os princípios encerram mandatos de otimização, ou seja, ordenam o balanceamento de valores e interesses, segundo o peso e a ponderação de outros princípios para que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Frise-se que esse mesmo critério utilizado para dirimir os conflitos entre os princípios é perfeitamente adequado para resolver a colisão entre direitos fundamentais. Assim, na hipótese de colidência entre direitos fundamentais cabe ao Estado no exercício da função de proteção estabelecer um balanceamento dos respectivos pesos, de sorte a proferir a decisão mais adequada possível.

A propósito da questão os argumentos esposados por Willis Santiago:

a tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política, seria a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade, ou de parte dela – de onde se ter a possibilidade de individualizar três ordens distintas desses interesses: interesses individuais, interesses coletivos(ou supra-individuais, onde se incluem os chamados interesses difusos) e e interesses gerais ou públicos.

²² Karl Larenz. **Metodologia da ciência do direito**, 2 ed. 1989, p. 500.

²³ Juan Cianciardo. Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. **Revista Persona y Derecho**, 1999, p. 45.

[...]. É nessa dimensão, objetiva, que aparecem os princípios como o da isonomia e o da proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade- sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, em nome da preservação de outros direitos, igualmente fundamentais.²⁴

Feitas as considerações sobre a tipologia dos princípios e sobre a dignidade hierárquica existente entre eles, conclui-se pela necessária articulação das regras e princípios conduzindo à chamada unidade da Constituição, tão cara ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, conformado com o princípio da supremacia da Constituição.

5. A unidade da Constituição e a interpretação constitucional

A articulação bidimensional normativa conduz à unidade da Constituição, portanto, as normas constitucionais pautam-se no critério da integração.

Alhures se fez referência a natureza aberta das normas constitucionais como um elemento redutor da distância entre normas e realidade social, tendo os princípios um importante papel nesse contexto. Como os princípios têm natureza cambiante, sofrem modificações de conteúdo decorrentes dos influxos sociais, portanto não detêm o dom da imutabilidade, da ilimitabilidade e do absolutismo. Não requerem, para sua aplicação, que estejam explícitos; pelo contrário, a implicitude não impede sua aferição no caso concreto. É o que se depreende da própria Constituição Federal.²⁵

A dimensão aberta da Constituição aliada à articulação bidimensional só fazem sentido se integradas à moderna interpretação constitucional.

A propósito da tese, vejam-se as contribuições de Peter Habermas. Segundo o autor, estamos vivenciando a transformação da teoria da interpretação constitucional, própria de um modelo de sociedade fechada, na qual a interpretação se concentrava na figura do juiz e nos

²⁴Cf. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 280-1.

²⁵ CF – Art. 5º § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

procedimentos formalizados, para um novel modelo cuja interpretação constitucional relaciona-se com a sociedade aberta:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos vinculados às corporações e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.[...]. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

26

Sob esse prisma, a sociedade é alçada a condição de partícipe ativa do processo de interpretação constitucional. Na tarefa hermenêutica de interpretação, os interesses sociais são prioritários e exigem uma acurada ponderação de valores por ocasião da decisão, tendo em vista que os efeitos não se circunscrevem somente às partes integrantes daquela relação jurídica específica, pelo contrário, a tendência moderna é ampliar a tutela àqueles que não participaram da relação.

O direito do consumidor é um bom exemplo, como típico representante da categoria dos direitos difusos. Esses podem ser compreendidos como aqueles que se situam entre o interesse privado e o público e, ainda assim, o seu conteúdo possibilita uma distinção entre interesses que atingem uma categoria determinada ou, ao menos, determinável de pessoas e os que atingem um grupo indeterminado de indivíduos *stricto sensu*.

A categoria de direitos difusos requer a construção de uma nova ordem jurídica, capaz de responder às demandas de uma sociedade massificada e de valores que transcendem

²⁶ Cf. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. 1997, p. 13-4. Ainda sobre interpretação constitucional aberta ver também Carmem Lúcia Antunes Rocha. Constituição, soberania e Mercosul. **Revista de Informação legislativa**, 1998, p. 287.

o indivíduo. Desse modo, exige uma interpretação aberta pautada nos princípios constitucionais com vistas ao interesse social.²⁷

6. A interpretação constitucional e o Estado Democrático de Direito como princípio estruturante

Conforme dito acima, a moderna hermenêutica constitucional requer um constante diálogo entre a realidade social e as normas jurídicas. Sabedores que as regras não detêm a mesma adaptabilidade dos princípios, a esses recai o papel de articulador do sistema jurídico.

Em contrapartida à fraca densidade semântica dos princípios, ressalte-se a força dos princípios para legitimar os valores sociais de tutela. Por essa razão, os princípios estruturantes, consagrados pela Constituição Federal devem capitanear e conformar toda a interpretação constitucional. Dada a complexidade dos princípios estruturantes e da pertinência com a tese, apenas o princípio do Estado Democrático de Direito, na perspectiva de Estado Democrático e Social de Direito será apreciado. A Constituição Federal, ao consagrá-lo, exprimiu com muita veemência o compromisso político de atender aos anseios da sociedade brasileira. Portanto, qualquer interpretação que se faça da Constituição deverá, necessariamente, ser conformada à perspectiva de uma sociedade democrática, solidária e pluralista, o que caracteriza o chamado condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social.

Situação extremamente cara à Konrad Hesse. Segundo ele:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma está em vigor ou está derogada; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar,

²⁷ A respeito ver Fabíola Santos Albuquerque. **Direito de propriedade e meio ambiente**, 1999, p. 107.

simplesmente, o significado da ordenação jurídica[...]. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. ²⁸

Esse condicionamento recíproco nos conduz a concluir que, quanto maior a absorção constitucional dos valores consagrados pela sociedade, maior a probabilidade de sua eficácia jurídica e social.

O Estado Democrático e Social de Direito como princípio estruturante é um princípio cuja concretização será feita mediante a densificação de outros princípios. Estes, por sua vez, também serão concretizados a partir da densificação de outros princípios. Como exemplo, podemos citar as normas reconhecedoras de direitos econômicos e sociais, as quais densificam o princípio da justiça social e concretizam o princípio democrático na sua dimensão econômica e social. ²⁹

Como estamos tratando de princípios contratuais a apreciação, dos princípios densificadores do Estado Democrático e Social de Direito, ficará circunscrito ao princípio da justiça social, enquanto princípio da ordem econômica e da ordem social. ³⁰

A Constituição não apenas instituiu o Estado Democrático e Social de Direito, como também elencou seus fundamentos. Quer dizer, os valores supremos consagrados pela ordem jurídica.

Entre os vários fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito destacamos o da dignidade da pessoa humana. Como fundamento e valor da democracia, seus efeitos recairão sobre todos os elementos constitutivos do Estado, em particular, sobre a ordem jurídica.

²⁸ Cf. **A força normativa da constituição**, 1991, p. 13-4.

²⁹ Ver Canotilho. **Direito constitucional**, 3 ed. , 1998, p.1100.

A respeito, vejam-se, novamente, as palavras de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária [...]. A Constituição de 1988, abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.³¹

Observa-se que o autor faz referência a Estado Democrático de Direito, mas o teor da contribuição não enseja dúvida acerca da dimensão social. Salienta-se o destaque dado ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana, para a ordem jurídica, por esta razão, optamos em analisá-lo detidamente.

7. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana

Vem de longe a preocupação dos autores em se debruçarem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (prólogo da Constituição Francesa de 1791) já se identificava algumas nuances embrionárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, o grande marco do princípio, em comento, emergiu a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa fundamenta todo o conteúdo da Declaração. Não obstante, a dificuldade de escolher um dispositivo que condense e retrate o enfoque pretendido, será feita a transcrição de alguns dispositivos, sob o prisma simbólico e meramente ilustrativo.³²

³⁰ Ver José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**, 9 ed., 1993, p. 111.

³¹ Idem, p. 109.

³² Benedetto Croce et alii. **Declarações de direitos**, 1988.

D.U.D.H. – Preâmbulo “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;*

Considerando que os povos das nações Unidas reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direito do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Art. VI – *Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.*

O número de apaixonados pelo tema é crescente, mas apesar de todos os esforços ninguém preencheu de forma tão brilhante o conteúdo do princípio como Kant o fez. Não por acaso, sua influência é tão recorrente.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.³³

Nessa perspectiva, Kant, rechaça qualquer tentativa de coisificação da pessoa. Não há preço para aferir a dignidade. É um bem fora do comércio insuscetível de apropriação e legalmente inalienável, segundo a linguagem da codificação.

A idéia da coisificação da pessoa nos reporta a fase inicial do direito das obrigações em que a garantia da dívida recaia no corpo do devedor, ficando este à mercê das leviandades do credor. A maneira de garantir o cumprimento da obrigação colidia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse excessivo rigor só foi atenuado mediante a transição da garantia pessoal à garantia patrimonial do devedor.

O macroprincípio da dignidade da pessoa humana decorre diretamente dos valores subjacentes do Estado Democrático de Direito. É um princípio que visa privilegiar e proteger a pessoa, considerando o ser em detrimento do ter.

A dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser pessoa.

Se- como se diz – é difícil a fixação semântica do sentido de dignidade, isto não implica que possa ser violada. Como dito, ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que ela não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre.

Art. XXII – Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”

³³ Cf. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, 1997, p. 77.

Ou, em outros termos, se não se define a dignidade, isso não impede na prática social se possa apontar as violações reais que contra ela se realizem.

³⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana importa na localização da pessoa concreta e individual em relação as demais pessoas inserida dentro de uma realidade social. Importa em um princípio de inclusão e não por acaso fundamenta e irradia luz a todos os direitos fundamentais. A adoção deste macroprincípio, dentro do contexto compromissório da Constituição, é feita na intenção de superar o déficit social e assim promover a realização da pessoa como fim do próprio Estado.

Na esteira dessas reflexões, apoiamo-nos nas preleções de Juarez Freitas:

O princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo, como é, um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do Direito. Mais do que in dubio pro libertate, princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida.³⁵

Consoante Jorge Miranda, do texto constitucional português extraem-se algumas diretrizes básicas acerca do princípio da dignidade da pessoa humana que podem ser transportadas à nossa realidade constitucional.

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- c) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- d) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;

³⁴ 1º TACivSP – Ag.In. j. 25/06/1999. Rel. Juiz Luiz Antonio Rizzato Nunes.

³⁵ Cf. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 242.

e) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.³⁶

8. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana nas constituições brasileiras

Fazendo-se uma incursão no plano constitucional brasileiro, nas Constituições anteriores, o princípio da dignidade manifestava-se timidamente, através dos ditames da ordem econômica e social. A que mais avançou, fazendo referência expressa ao princípio, foi a de 67.³⁷ É inegável a ampliação constitucional do princípio da dignidade, no entanto em cotejo com a magnitude atribuída ao princípio pela vigente Constituição, naquela funciona como breve ensaio.

A Constituição Federal de 1988 representa um grande marco para nossa sociedade. Sua tábua axiológica edifica o homem em todas as suas dimensões. Em outras palavras, a natureza essencialmente principiológica da Constituição designa ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a função de fio condutor de todo o sistema jurídico constitucional, conseqüentemente, ele limita e condiciona todas as relações humanas.

Perante a Constituição, todos os espaços de atuação do homem, estão jungidos ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, quer seja em relação aos direitos de personalidade, na condição de proprietário, no exercício da livre iniciativa econômica, na condição de consumidor ou como integrante de entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção.³⁸

³⁶ Cf. **Manual de direito constitucional**, 1988, p. 169-70, T. IV.

³⁷ **CF 1967** – Art. 160 “ A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]; II- valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

³⁸ Luiz Edson Fachin. **Parecer do Projeto de Código Civil**, 2000, p. 03.

Embora outros valores também tenham sido brindados pelo tom da fundamentalidade, nenhum expressa com tanta magnitude a natureza compromissória da Constituição em relação a proteção da pessoa.

Essa tessitura constitucional, ampliada em relação aos direitos e garantias fundamentais, foi alcançada mediante a composição dos mais diversos interesses sociais e políticos representados na Assembléia Nacional Constituinte. O resultado não poderia ser outro, senão o de resgatar a cidadania em sua plenitude, diante da instituição de um modelo transformador que é o Estado Democrático de Direito.

A nitidez do preâmbulo da Constituição indica os valores e as finalidades perseguidas na ambiência de uma sociedade solidária, pluralista e democrática recém instalada. Ratificando o que foi dito, a compreensão prévia do conteúdo e do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana para o sistema jurídico é indispensável a qualquer discussão que se pretenda travar acerca das demais classes de princípios.

Nesse contexto, o pórtico do edifício normativo constitucional é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalte-se por fim, a diferença terminológica existente entre a Constituição anterior e a vigente. Esta utiliza a terminologia princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto aquela princípio da dignidade humana. Dessarte a advertência asseverada por Jorge Miranda, embora endereçada à comunidade portuguesa, mas adequada à nossa realidade constitucional:

A expressão dignidade da pessoa humana dirige-se ao homem concreto e individual; enquanto dignidade humana dirige-se à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa baseada na dignidade da pessoa humana, a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos.³⁹

³⁹ Cf. **Manual de direito constitucional**, 1988, p. 170, T. IV.

Encerrando o ciclo dos princípios na dimensão constitucional, é mister fazer o seguinte silogismo: o princípio da justiça social, materializado na ordem econômica e na ordem social, densifica o Estado Democrático de Direito como princípio estruturante, enquanto expressão da sua dimensão de democracia econômica e social, fundado no macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, a importância dos princípios para ordem jurídica, é imprescindível todo cuidado, quando de sua aplicação, sob pena de incidir na banalização. Se seu universo rico e complexo enriquece por um lado a interpretação do caso concreto, por outro pode gerar verdadeiras incongruências jurídicas. Não por acaso o sistema jurídico normativo é formado de regras e princípios, pois essa estrutura subsidia o equilíbrio necessário ao operador do direito, em particular ao juiz no momento da decisão do caso concreto. Se a regra não responde satisfatoriamente às demandas modernas, cabe então aos princípios este papel, mas sua utilização não pode se dar de maneira desmesurada. Sua aplicação, ao contrário, não é meramente subjetiva e nem tampouco absoluta, encontra limites nos outros princípios e no contato com a regra ética.

A esse respeito Carlos Cossio se reporta aos princípios estimativos, que são princípios de comportamento.

Estos juicios estimativos de valor muy general o supremos capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio de valor original que ella pueda implicar. [...]

En efecto, no todos los juicios estimativos han de servir al juez como fuente de la norma que busca; sólo há de utilizar aquellos juicios de valor que correspondan al concepto lógico del Derecho, es decir aquellos juicios que sean expresión de justicia. Justicia en cuanto principio ético del comportamiento jurídico.⁴⁰

⁴⁰ Cf. **La plenitud del ordenamiento jurídico**, 1955, p.250.

A propósito ver também Clóvis V. do Couto e Silva. **Obrigaçãõ como processo**, 1976, p. 42.

CAPÍTULO II

A CODIFICAÇÃO CIVIL E OS PRINCÍPIOS LIBERAIS DOS CONTRATOS.

Sumário: 1. A constituição política e a codificação civil. 2. Os princípios contratuais clássicos. 3. O princípio da autonomia privada. 4. O princípio da obrigatoriedade. 5. O princípio da relatividade subjetiva.

1. A constituição política e a codificação civil.

A distinção entre constituição política e codificação civil está radicada na consolidação do Estado moderno. A classe burguesa no poder e sob os auspícios dos ideais liberais exaltou sobremaneira a liberdade e o individualismo. Esse momento de egocentrismo, de conclamação da liberdade representou, historicamente, uma conquista frente ao período absolutista, uma repulsa ao *Ancien Régime*.

Nesse sentido, era imperioso construir um arcabouço jurídico que traduzisse os valores consagrados pela sociedade liberal. E isto foi materializado através da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, datada de 26/08/1789 (prólogo da Constituição Francesa de 1791). Ressalte-se que, no corpo da Declaração (art. 16) já constava a imprescindibilidade de uma Constituição para a recém instituída sociedade liberal: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”.⁴¹

A Constituição liberal deliberadamente excluía a ordem privada, relegando à codificação, o papel de constituição do homem comum. Enquanto a Constituição voltou-se para a organização do Estado, a codificação tutelava a vontade dos indivíduos, em particular, no campo econômico.

A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. À Constituição cabia tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade.

Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e políticos) [...].⁴²

⁴¹ Benedetto Croce et. al.. **Declarações de direitos**, 1988, p 45.

⁴² Paulo Bonavides, **Direito constitucional**, 3 ed., 1988, p. 187-8.

Como se vê, a Constituição limitou-se à esfera política e à organização do Estado e o Código ocupou o espaço das relações privadas, fundamentadas na liberdade irrestrita às partes. Identificava-se um paralelismo e não uma interlocução entre eles, como corolário da divisão entre Estado e sociedade civil..

Nessa direção, encontramos arrimo nas observações de Paulo Luiz Netto Lôbo:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal [...]

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação).⁴³

O Estado figurava como mero coadjuvante, prevalecendo nas relações privadas exclusivamente o princípio da autonomia da vontade. Dessarte é perfeitamente compreensível a inexistência de interpenetração entre os dois diplomas, tendo em vista os interesses tutelados durante o Estado liberal. É deste cenário que emerge o desenho normativo do Código Civil Brasileiro (1916).

Retomando a afirmativa do Código Civil, desempenhar o papel de constituição do homem comum traz ínsita a idéia da segurança. Porém, como chama atenção Gustavo Tepedino, o sentido de segurança imbuído no Código vai para além do sentido da suposta segurança jurídica traduzida na lei, ou seja, demarca o sentido de segurança em conformidade com os interesses da classe burguesa.

⁴³ Cf. Constitucionalização do direito civil **Revista de Informação Legislativa**, 1999, p. 99 e 101. A propósito da distinção entre lei constitucional e lei ordinária ver também Nelson Saldanha. **Formação da teoria constitucional**, 2000, p. 180.

Segurança – é de sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos resultados dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.⁴⁴

O Código tinha como valor fundamental o indivíduo, mas o indivíduo enquanto proprietário, enquanto detentor do domínio sobre as coisas, livre de qualquer controle ou impedimentos estatais, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes. Restava consolidada a hegemonia dos economicamente mais fortes em detrimento dos menos favorecidos e o distanciamento dos ditames da justiça social.

Àquela altura o direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. .⁴⁵

Entendido o cenário que preconizou o berço da codificação, é mister estender a análise aos princípios que iluminaram esse período do direito civil.

2. Os princípios contratuais clássicos

O Estado liberal surge com a ascensão da burguesia ao poder depois de um longo período de conflitos com a monarquia absolutista. Foi o responsável por inúmeras transformações e seus influxos foram sentidos em todos os segmentos sociais logicamente, no jurídico.

Na essência, o Estado liberal, enaltece ideais de liberdade e de individualismo consagrados pela burguesia, rechaçando quaisquer vestígios dos privilégios de outrora mediante o reconhecimento da igualdade jurídica formal.

⁴⁴ Cf. **Temas de direito civil**, 1999, p. 03.

⁴⁵ *Idem*, p. 02.

No campo jurídico a grande herança maior foi o Código Civil francês, monumento imprescindível e o mais importante à compreensão lógica de muitos institutos da atualidade. Esteio inspirador de muitos Códigos, inclusive o nosso.

A tônica jusprivatista do Estado liberal é o indivíduo como ponto irradiador das relações jurídicas e no pleno gozo da sua liberdade. Sob esse valor libertário foi plasmada a moldagem liberal.

O valor atribuído à liberdade era tão representativo que foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26/08/1789 (prólogo da Constituição Francesa de 1791), conforme se extrai do art 4º:

a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites não podem ser determinados senão pela lei. ⁴⁶

O Código Civil (1916), como não poderia deixar de ser, traduz rigorosamente os valores consagrados com o contexto temporal. É essencialmente patrimonialista e volta-se à proteção dos direitos individuais da classe burguesa, privilegiando a tutela da família, do contrato e da propriedade. A patrimonialidade, o individualismo e a voluntariedade demarcam o campo valorativo: o indivíduo enquanto possuidor e não o indivíduo enquanto pessoa.

A liberdade negocial, como corolário da liberdade, encontrava materialização prática através do contrato. Nessa quadra liberal, o contrato se consubstanciava na principiologia clássica da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos e da relatividade subjetiva.

Dada a importância destes princípios ao desenvolvimento do direito privado, em especial para as relações negociais, a apreciação será feita individualmente.

⁴⁶ Benedetto Croce et. al. **Declarações de direitos**, 1988, p. 44-5.

Ressalte-se que as referências aos princípios contratuais liberais encontram ambiência no Código Civil de 1916.

3. O princípio da autonomia privada

O princípio da autonomia privada é o princípio estruturante do direito privado clássico. A partir dele, a fundamentação do arquétipo contratual foi toda estruturada. A exaltação da liberdade individual inerente ao Estado liberal, funda o princípio da autonomia privada.

Perante a doutrina majoritária, o princípio da autonomia privada é definido como o poder conferido aos indivíduos de se autodeterminarem, de gerirem seus próprios interesses e com isto exercitarem o valor da liberdade. Dessa forma, o princípio contratual clássico da autonomia privada cristaliza a idéia do acordo firmado entre partes reconhecidamente iguais perante a lei e aptas a discutirem todas as cláusulas até uma convergência legítima dos interesses.

Partindo da igualdade formal entre elas e da presunção de aptidão para transigirem quanto ao tipo e o conteúdo do contrato, tem-se como certo que o acordo final coincide com o querido, com a vontade manifestada e com a plenitude da realização dos interesses. As partes só materializam no contrato aquilo que lhes aprouver, que lhes é favorável. Assim a liberdade de contratar estaria sendo exercida.

Portanto ao exercício da liberdade de contratar bastava a manifestação da vontade e esta mediante o contrato, faria com que as relações negociais patrimoniais se materializassem na esfera privada. Nesse viés, a vontade tinha força de lei, face ao reconhecimento às partes de produzirem efeitos jurídicos, oriundos da prática do exercício da liberdade de contratar.

Segundo a doutrina majoritária, o princípio da autonomia privada e a liberdade contratual exprimem similitude.

Consoante Caio Mário, a liberdade de contratar se exerce e se concretiza em quatro momentos fundamentais:

a faculdade de contratar e de não contratar; na escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar; no poder de fixar o conteúdo do contrato e uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito. Em suas linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos.⁴⁷

Karl Larenz, pronuciando-se também acerca do tema, entende que:

el verdadero sentido de la libertad contractual significa que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluídos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando com ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad).⁴⁸

Ainda na mesma perspectiva, o argumento de Ana Prata:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.⁴⁹

Não obstante, o respeito aos posicionamentos supracitados, nossa filiação rende-se à corrente que enxerga no princípio da liberdade de contratar a manifestação mais intensa do princípio da autonomia privada, mas com ele não se confunde. Nossa opção encontra arrimo na manifestação de Ballesteros: *“la libertad contractual es una manifestación, quizá la más*

⁴⁷ Cf. **Instituições de Direito Civil**, 1997, p. 09-10, v. III.

⁴⁸ Cf. **Derecho de obligaciones**, 1958, p. 66, T I.

⁴⁹ Cf. **A tutela constitucional da autonomia privada**, 1982, p. 11.

característica, de la autonomía de la voluntad".⁵⁰ Semelhante à Ballesteros, assinalamos as contribuições de Perlingieri e Pontes de Miranda, respectivamente:

a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais [...]. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível[...]. Os atos de autonomia têm portanto fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica.⁵¹

chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a líbito, das cláusulas contratuais.⁵²

Na mesma linha de argumentação encontramos as manifestações de Pietro Barcellona. Segundo o autor, a autonomia privada como princípio cardeal da dinâmica jurídica é o poder de constituir, regular ou extinguir relações jurídicas, ao passo que a autonomia contratual é o poder de determinar livremente o conteúdo dos contratos.⁵³

Afora a defesa da distinção entre os princípios referidos, tanto Ballesteros como Perlingieri, respectivamente, atribuem dimensão ampliada ao princípio da autonomia privada, quando vislumbram diapasão valorativo.

⁵⁰ José Antonio Ballesteros Garrido *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, 1999, p. 19.

⁵¹ Cf. Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil*, 1999, p. 275-6.

⁵² Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, 1970, p. 63, t. III.

A respeito ver também Giselda Hironaka. Segundo a autora é imprescindível entender os dois aspectos da liberdade individual nos contratos, qual seja: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Cf. A função social do contrato. *Estudos jurídicos*, 1986, p. 104.

⁵³ Cf. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, 1995, p. 274.

Há llegado a convenirse que la autonomía de la vontade tiene su fundamento el la codición de la persona misma, en su dignidad como ser humano, puesto que está unida íntimamente a su libertad.⁵⁴

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.⁵⁵

A magnitude atribuída, pelos autores supracitados, ao princípio da autonomia privada, nos conduz ao entendimento da natureza multifária e coexistente do princípio. Ademais é interessante observar a perspectiva de compreender o princípio no conteúdo do princípio da dignidade.

Outro aspecto também merecedor de atenção, diz respeito à terminologia empregada pelos autores. Uns se valeram do princípio da autonomia da vontade, enquanto outros do princípio da autonomia privada.

Somos cômicos de que os autores mencionados situam-se em contextos históricos diferentes. Não obstante, a utilização foi proposital. Esta opção foi para demonstrar que há doutrinador que defenda sinonímia entre as duas expressões. Para tanto, nos valem dos argumentos de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à

⁵⁴ Cf. **Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad**, 1999, p. 17.

⁵⁵ Cf. **Perfis do direito civil**, 1999, p. 19.

autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade.⁵⁶

Embora concordando com o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, todavia há de se ter claro que não é uma opinião pacífica na doutrina; pelo contrário, muitos estudiosos se esmeraram em traçar a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada.⁵⁷

Após a interpolação elucidativa acerca do princípio da liberdade de contratar e princípio da autonomia privada, bem como, da terminologia utilizada para designar o princípio - autonomia da vontade / autonomia privada, é dado o momento de retornarmos ao ponto central da discussão, ou seja, localizar o princípio contratual da autonomia privada no contexto do Estado liberal.

Implica dizer que o instituto do contrato era concebido em harmonia com as contingências sociais, políticas e econômicas da época, ou seja, prevalecia o acordo de vontade celebrado entre as partes, enaltecendo o princípio da autonomia privada, afastando simultaneamente qualquer intervenção do Estado nas relações privadas.

Liberdade e intervenção estatal são hipóteses incompatíveis no universo liberal. O Estado funcionava como mero coadjuvante, cabendo-lhe somente produzir normas garantidoras da ordem e da estruturação dos poderes, bem como assegurar e tutelar os direitos individuais que eram considerados reflexos do Direito Natural, cujo corolário era o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança.

O abstencionismo estatal da ordem econômica era inerente à própria filosofia liberal. Aos privados competia definir as linhas do processo de produção e de desenvolvimento econômico livres, privilegiando os seus interesses e às exigências da incipiente economia capitalista, na medida em que condicionava o êxito do liberalismo ao desempenho e esforço da atividade empresarial, cujo substrato era a chamada Lei da oferta e da procura - *laissez faire-laissez passer* - representada pela liberdade comercial (livre

⁵⁶ Cf. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 10. Ainda do mesmo autor, **O contrato** exigências e concepções atuais, 1986, p. 14.

⁵⁷ Orlando Gomes. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967, p. 17. Ver também Giovanni Ettore Nanni. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. **Cadernos de direito civil constitucional**. Renan Lotufo (coord.) 2001, p. 168- 175.

mercado). O fenômeno do individualismo nos contratos é tema que também ocupou espaço no direito americano. Para ratificar, trazemos as contribuições de Subha Narasimhan”.⁵⁸

No contexto liberal, o contrato era um instrumento, eminentemente, jurídico. No plano econômico era um fenômeno neutro, bastava a vontade para impulsionar a engrenagem do instrumento contratual e se aquela era imune a qualquer ingerência metajurídica, conseqüentemente, a intervenção estatal era despropositada.

Enzo Roppo retrata com bastante percuciência as idéias liberais subjacentes ao contrato:

ainda uma tarefa de justificar, no plano ideológico, a necessidade de os poderes públicos se absterem de toda a interferência na dinâmica < espontânea > das actividades jurídicas dos particulares, e evitarem violar, de qualquer modo, a sua < liberdade negocial >, a sua < autonomia privada >. Se, de facto, esta coincidia com a livre expressão da vontade humana, criadora exclusiva de direito, qualquer intervenção autoritária destinada a limitá-la devia aparecer como tentativa inadmissível de substituir a fonte < natural > dos efeitos jurídicos por uma fonte < artificial > e arbitrária, e, ao mesmo tempo, como atentado odioso a um atributo fundamental da pessoa.

.⁵⁹

A inexorabilidade dos princípios clássicos contratuais cristalizavam as finalidades liberais, ou seja, a minimização estatal. O cenário era perfeito para endeusar a vontade. Essa funcionava, lado a lado, com a lei e ao Estado-juiz, enquanto boca da lei, restava apenas aplicá-la.

O juiz era destituído de qualquer função exegética criadora ou interpretativa que porventura arranhasse o exercício da autonomia da vontade. O liberalismo depunha contra qualquer tentativa de ingerência estatal nas relações negociais, não por acaso este papel coadjuvante do juiz.

⁵⁸ Cf. Individualism in American contract law: an i my brother's keeper. **Contratos**: Actualidade e evolução, 1997, p. 231-232.

⁵⁹ Cf. **O contrato**, 1988, p. 51-2.

O papel hoje desempenhado pelo contrato de materializar uma função econômica distributiva e, exigente de regulamentação jurídica, é divorciado da proposta liberal.

Ressalte-se que, mesmo diante de toda ênfase atribuída à vontade durante o contexto liberal, esta não passava despercebida ao direito e nem tampouco era ilimitada.

O voluntarismo clássico atribuía à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do Direito, a tal ponto que ignorava a existência anterior do direito objetivo[...]. Nessa fonte reside, porém, a causa geradora dos direitos, visto que os interesses individuais exteriorizados numa declaração de vontade são protegidos apenas na medida em que o direito positivo os reconhece. Admitir a força criadora da vontade individual era consagrar o arbítrio. Daí a preocupação, logo nascida de preservar a segurança da ordem jurídica, sacrificada, como seria, se prevalecesse a onipotência da vontade.⁶⁰

Lourival Vilanova também compartilha da mesma opinião de Orlando Gomes:

De qualquer maneira para haver a produção de efeitos jurídicos decorre necessariamente de uma fonte normativa prévia, por outras palavras, uma relação para receber a denominação de jurídica, possuir visibilidade no mundo jurídico, mediante a produção de efeitos, requer a anterioridade de um fato sobre o qual incidiu uma regra positivada e assim adquirir o qualificativo de jurídico. São situações criadas, modificadas ou extintas pelas normas, surgidas a partir de um fato.⁶¹

Quanto aos limites atribuídos ao princípio da autonomia privada, sua exteriorização sempre encontrou freios nos tradicionais ditames da ordem pública e dos bons costumes. Porém, o mesmo Orlando Gomes afirma que esses limites nunca foram suficientes para coibir os abusos, tendo em vista o exercício da liberdade de contratar privilegiar em demasia a vontade.⁶² No mesmo sentido situam-se as contribuições de Clóvis V. do Couto e Silva:

⁶⁰ Orlando Gomes. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967, p. 11.

⁶¹ Lourival Vilanova. **Causalidade e relação no direito**, 1985, p. 83-4.

⁶² Cf. **Contratos**, 1997, p.25.

É manifesto, assim, que a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. [...]. Não se conclua, porém, que a vontade foi relegada a segundo plano. Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual”.⁶³

A nova codificação, embora tenha atribuído similitude entre autonomia privada e liberdade de contratar, todavia a condicionou em razão e nos limites da função social do contrato. A postura da nova codificação foi a de estabelecer limites positivos no conteúdo da liberdade de contratar.

Mais adiante esse assunto será retomado por ocasião do item destinado a análise dos princípios contratuais dos contratos em face do novo Código Civil, em particular no princípio da função social.

4. O princípio da obrigatoriedade

Princípio da obrigatoriedade, da força obrigatória do contrato ou da intangibilidade são expressões sinônimas utilizadas para designar outro princípio contratual clássico.

Demonstrou-se pelo princípio da autonomia privada que às partes era atribuído o poder de comporem seus próprios interesses autonomamente, de discutirem livremente as condições, o conteúdo, o tipo e os efeitos do contrato pretendido.

O resultado da composição decorrente da vontade livre tornava-se lei entre as partes - *pacta sunt servanda*. Tendo-se como premissa que ninguém em sã consciência pactua em dissonância com seus interesses, o princípio tem como fundamento a irreversibilidade da

⁶³ Cf. **A obrigação como processo**, 1976, p. 27.

palavra empenhada. Dessarte, nada mais coerente que a obrigatoriedade do acordado e a exaltação ao dogma do *pacta sunt servanda*. A conclusão do contrato exprimia o ápice da liberdade contratual mediante a definição livre das condições, do conteúdo, do tipo e dos efeitos pretendidos pelas partes.

O conteúdo do princípio da obrigatoriedade, além de evocar, constantemente, o princípio da autonomia privada, gera, nas partes envolvidas, a sensação de segurança na relação jurídica.

A lei, bastante em si, imbuída de completude e segurança era suficiente para dirimir todas as situações entre privados. Face à rigidez do princípio do *pacta sunt servanda*, a relação jurídica firmada entre as partes era preservada, independentemente, de qualquer alteração das circunstâncias iniciais do contrato, mesmo que desse causa a uma relação desequilibrada e injusta.

O rigor do princípio da obrigatoriedade além de encontrar guarida na certeza da não intervenção na relação jurídica. Desprivilegia o princípio da equivalência material dos contratos.

O princípio da obrigatoriedade, como afirmado acima, exige a preservação do contrato nos mesmos moldes iniciais, pois congrega a idéia de justiça, ainda que somente no plano teórico, tendo em vista que a prática denunciava outra realidade. Mesmo diante da ruptura das condições iniciais e originando uma relação extremamente injusta, o contrato deveria ser cumprido. Todas as hipóteses modificativas deveriam ser abstraídas. A autonomia das partes era o espaço privilegiado de resolução dos conflitos, sendo assim qualquer alteração ficava adstrita à aquiescência da outra parte.

Perante o Código Civil de 2002, nos mesmos moldes do anterior, é possível cristalizar o princípio da obrigatoriedade em vários momentos do direito das obrigações. A título exemplificativo, no título pertinente às obrigações, há o princípio cardeal da estrita identidade do devedor com a coisa devida em favor do credor.⁶⁴

⁶⁴ Art. 313. “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Define a lei, como regra geral, que o credor não é obrigado a aceitar outra coisa, ainda que mais valiosa. Afora isto, assegura ao credor a faculdade de lançar mão de todas as possibilidades de exigir o cumprimento da obrigação nos termos do pactuado. A exceção recai somente nas hipóteses de impossibilidade objetiva, por força de lei ou por força da natureza, pelo caso fortuito e pela força maior. Mesmo assim, a natureza liberatória das duas últimas hipóteses sofre restrição diante da configuração da mora.⁶⁵

No entanto, apesar do Código Civil de 2002 preservar o princípio da obrigatoriedade, o fez de forma comedida, no momento em que consagrou a hipótese da resolução por onerosidade excessiva. Posteriormente, em item específico, o instituto em comento será apreciado.

Em ocasião passada, já afirmamos que o contrato elaborado sob as vestes da autonomia privada consagrava a vontade como elemento produtor de efeitos. Às partes era reservado o direito de estabelecer as cláusulas e prever todos os efeitos jurídicos decorrentes daquele ato.

O acordado tornava-se lei entre as partes e deveria ser cumprido. Segundo o princípio da obrigatoriedade, aquilo que fosse pactuado deveria guardar estrita correlação com a fase de conclusão, mesmo que viesse a ocorrer qualquer fato que porventura quebrasse o equilíbrio contratual.

A ambiência do contrato, sob a égide liberal, isentava-o da incidência de qualquer elemento estranho ao direito; porém as circunstâncias e o processo de evolução demonstraram a impossibilidade de tal pretensão e, aos poucos, houve a rendição do contrato aos influxos dos elementos metajurídicos acompanhados do desgaste da frágil tese da permanência de identidade entre o momento da conclusão e o da execução do contrato.

As modificações dos fatos e das circunstâncias alheias às previstas, inicialmente, ocasionando o desequilíbrio da relação, punham em xeque a idéia de justiça. Os pressupostos contratuais do equilíbrio e da justiça contratual restavam comprometidos.

⁶⁵ Art. 399. “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

A relação nesses termos originava um paradoxo: de um lado, a idéia de justiça, sob os auspícios do princípio da obrigatoriedade e subjacente à vontade; de outro, a manifesta injustiça do contrato ser mantido nos mesmos termos do pactuado, mas em realidade distinta da convenção inicial.

Mas como equacionar um dado da realidade com a inflexibilidade e a autoridade do princípio do *pacta sunt servanda* ?

Um aspecto contributivo à manutenção do contrato, ainda que dotado de desequilíbrio, era a afirmação contra qualquer manifestação do juiz, no sentido de modificar, revisar ou resolver a relação jurídica por mais que restasse configurada a quebra da equivalência material do contrato.

O contrato, em sua essência, prima pelo justo, pela linearidade, pela segurança, pela igualdade, pela equidade, pela boa-fé, pelo equilíbrio das prestações, pela equivalência material dos contratos. A indissociabilidade destes elementos forma um todo harmônico e ganha maior visibilidade nos contratos bilaterais.

Há de se convir que os elementos característicos dos contratos bilaterais estão em simbiose com outros elementos para além dos jurídicos. Trazem, em seu âmago, axiomas de cunho moral a exemplo da equidade, da ética, da boa-fé e do ideal supremo da Justiça.

Por analogia, identifica-se uma colisão entre o princípio jurídico liberal da obrigatoriedade e o princípio da equivalência material dos contratos conformado ao princípio da equidade. Qual deve prevalecer ? O considerado justo pelas partes, ainda que irreal, porque assim desejaram, ou a intervenção estatal na economia do contrato para restaurar o equilíbrio material e efetivar o justo real?

Se o princípio da obrigatoriedade for cumprido à risca, a relação jurídica torna-se injusta. O contrato fica cravado de contradições. O equilíbrio e a justiça da relação são solapados diante do enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento no patrimônio da outra.

Essas inquietações não passaram à revelia dos estudiosos e foram palco de inúmeras teses sobre a problemática, cuja derivação propiciou o recrudescimento da *cláusula rebus sic stantibus*, coincidindo com as transformações sociais ocorridas no seio do contrato.

Por ora, ficar-se-á com a idéia de que a evolução dos contratos, mediante a incidência do macroprincípio da solidariedade social e de seus desmembramentos, ou seja, dos princípios sociais do contrato, provocou a mitigação do princípio da obrigatoriedade e este, por sua vez, rendeu-se às ingerências da *cláusula rebus sic stantibus*.

A corrente doutrinária dominante, até mesmo a jurisprudencial, manifestam o entendimento em favor da existência de sinonímia entre a *cláusula rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, considerando que esta é apenas uma evolução daquela.⁶⁶ Na manualística, o tema é tratado na perspectiva da mudança, oriunda de fato superveniente e imprevisível, que abala a base inicial, sob a qual foi firmada o contrato, de maneira a tornar a prestação excessivamente onerosa para uma das partes, sem a devida contraprestação.

Os contratos bilaterais congregam a idéia de sinalagma (equivalência entre prestação e contraprestação). Havendo quebra na linearidade das prestações, a função primordial do contrato resta prejudicada. Logo, se a quebra for motivada por um evento excepcional e imprevisível, para além da capacidade de previsão das partes, quando do momento da conclusão do contrato, dando azo a uma relação perpendicular, configurada pela modificação da base do negócio e o seu cumprimento importar em um sacrifício desmedido de uma parte em detrimento da outra, deve-se lançar mão da tutela da teoria da imprevisão. A aplicação da teoria da imprevisão sempre se deu de maneira parcimoniosa, principalmente pelos tribunais, dada a cautela em ferir o princípio clássico da obrigatoriedade das convenções, o cumprimento rígido dos pactos e ao mesmo tempo o princípio da autonomia privada.

Dado o rigor em guardar obediência aos princípios clássicos do contrato, a teoria da imprevisão praticamente não encontra ambiente propício no cenário liberal. Sua materialização se verifica mais nitidamente a partir da incidência dos princípios sociais do contrato.

⁶⁶ Sobre o tema ver Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**, 1997, p. 100, v. III. Humberto Theodoro Júnior. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios

Acalouradas discussões permearam a aplicação ou não da teoria da imprevisão em face do *pacta sunt servanda*. Para os defensores da teoria, ela estaria implícita em todos os contratos de trato sucessivo e os juízes estariam facultados a reajustar os contratos, invocando para tanto o princípio da boa-fé.⁶⁷ Em contrapartida, os opositores advogavam pelo cumprimento rígido da autonomia privada, tendo em vista que as partes previram todos os efeitos daquela relação.

A respeito da boa-fé, como indicador da teoria da imprevisão, há uma interessante passagem na obra de Carlos Cossio, destinada ao tema. A boa-fé por si só não pode ser o elemento decisivo para aplicação da teoria da imprevisão, pois na mesma proporção que a informa, também integra o *pacta sunt servanda*. Diz o autor:

A buena fe es elemento de los contratos; pues sin buena fe no cabe un acuerdo de voluntades, en la medida en que se proyecta una actuación para saber a qué atenerse en el trance de vivir; y no es posible saber a qué atenerse en la conducta compartida de un contrat, sin la buena fe de los participantes como garantía precisamente de una verdad de conducta.[...]

Las dos cláusulas, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, son ambas, por igual, expresiones necesarias de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual; que, por consiguiente, ambas se complementan por compenetración; que sólo considerando las expresiones verbales por sí mismas como hace el racionalismo, resultan afirmaciones contradictorias que recíprocamente se excluyen; y que la tarea de una autentica ciencia del derecho estaría en encontrar la fórmula normativa de su juego conjunto y complementario en la experiencia”.⁶⁸

tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 16.

⁶⁷ A propósito ver também Jacques Ghestin & Christophe Jamin. *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*. **Contratos: Actualidade e evolução**. 1997, p. 140. O autor defende que os critérios da justiça contratual e da utilidade social do contrato devem servir de fundamento à modificação ou revisão das cláusulas contratuais.

⁶⁸ Cf. **La teoria de la imprevision**, 1961, p. 16-7. Outro autor que estabelece o concurso da cláusula *rebus* com o princípio da boa-fé é Domenico Corradini. **Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato**, 1970, p. 503-504.

A proposta do autor reside em conformar as situações. Nesse quadrante, os mecanismos da revisão ou da modificação das cláusulas servem de alternativas situadas a meio caminho entre a manutenção do ajuste inicial e o equilíbrio contratual. Adiciona-se o recurso do princípio da proporcionalidade como critério de ponderação de valores no caso concreto.

A revisão ou a modificação do contrato, ao contrário da resolução, prioriza a conservação do contrato, desde que seja possível rever as condições iniciais e restabelecer a equivalência contratual, pois o cumprimento nesses moldes implicaria uma razoável vantagem para uma parte em detrimento da outra.

Entretanto, o Código Civil de 2002 silenciou em relação à revisão das cláusulas contratuais, se reportando apenas à modificação, a fim de se evitar a resolução. A ordem, como foi dimensionado no instituto da resolução, dá a impressão de que essa é a regra e a modificação a exceção, enquanto o correto seria o inverso. Primeiro, porque utiliza o verbo “poderá” como uma mera faculdade; segundo, porque a parte, ao firmar o contrato, tem interesse que este seja executado e não resolvido no seu curso.⁶⁹

É descabido exigir o cumprimento de uma prestação, quando as condições de execução se encontram totalmente modificadas. A base do negócio está disforme com o previsto inicialmente. Está maculado e precisa ser modificado naquilo que ruiu o equilíbrio contratual. O cumprimento da prestação divorciada da dimensão axiológica dos contratos representa o comprometimento da própria dignidade do devedor.

Por outro lado, não é crível empregar a teoria da imprevisão desmesuradamente, sob pena de cair na banalização. Há situações que afastam sua incidência, a exemplo dos contratos aleatórios, dos riscos do negócio e da especulação.

Ressalte-se que a teoria da imprevisão supõe duração para conceber a chance de sobrevirem eventos excepcionais e imprevisíveis. Assim há de se ter em conta o atendimento a alguns pressupostos essenciais para configurar a aplicação da teoria, são eles: o contrato

⁶⁹ Código Civil – arts. 478 e 479.

tenha duração no tempo e a execução não seja instantânea. Há de se fazer um pequeno esclarecimento acerca da sutil diferença entre prestações duradouras diferida e continuada.⁷⁰

O equilíbrio das prestações deve ser o *leit motiv* de toda e qualquer relação jurídica. O contrato não pode se transvestir numa relação dialética, deixando às claras as dessemelhanças existentes entre as partes. E como o ordenamento jurídico não coaduna com a injustiça, a aplicação da teoria da imprevisão requer um papel atuante do julgador, às avessas do figurino liberal, pois somente através do Estado-Juiz e sob os auspícios do princípio supremo da Justiça, haverá a realização dos princípios da boa-fé e do equilíbrio da relação contratual.

O Código Civil de 2002, não obstante tenha adotado o instituto da resolução contratual por onerosidade excessiva, o fez atrelado a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Ao invés de dar um passo a frente em consonância com o Código de Defesa do Consumidor que desprezou a imprevisibilidade, tornou rígido a utilização do instituto.

Dessa forma, afirma-se que o princípio da obrigatoriedade, da mesma maneira que o princípio da autonomia privada, no rigor clássico não encontram espaço na ambiência do Estado social, salvo se conformados aos princípios informativos do contrato no Estado social.

6.O princípio da relatividade subjetiva

Nos mesmos moldes do princípio da obrigatoriedade, o princípio da relatividade subjetiva também é revelado no direito das obrigações. No Código Civil (1916), é extraído no título destinado aos efeitos das obrigações, quando pronuncia que nas obrigações personalíssimas, os efeitos se produzem exclusivamente entre as partes e são inextensivos a terceiros, salvo as exceções previstas na lei.⁷¹

Os princípios da obrigatoriedade e da relatividade subjetiva, apesar de terem colorido próprio, são indissociáveis do princípio da autonomia da vontade. Eles estão

⁷⁰ Paulo Luiz Netto Lôbo. **Direito das Obrigações**, 1999, p. 19. Segundo o autor prestação diferida é aquela que poderia ser instantânea, mas divide-se em parcelas periódicas e prestação continuada quando é de sua natureza a permanência no tempo.

⁷¹ CC (1916) Art. 928 – “A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros”.

imbricados na fundamentação do indivíduo no exercício da liberdade, afinada com o arquétipo liberal. Representam, pois, os pilares contratuais do Estado liberal.

De acordo com a gênese ideológica individualista, o princípio da relatividade subjetiva é compatível àquela realidade, entretanto manifesta-se às avessas com a tendência moderna contratual de ampliar a tutela legal, mesmo àqueles que não participaram da relação jurídica, como se depreende das relações de consumo.

A tendência é no sentido de envidar esforços de modo a privilegiar a tese maximalista em detrimento da minimalista. A nova codificação civil já dá sinais nesse sentido, mediante a inserção do princípio da função social na seara contratual.

Em decorrência do princípio, deixa entrever que os contratos não podem colidir com os interesses sociais. Assim, o contrato abandona em definitivo o legado de exercer uma função exclusivamente individual e condiciona-se ao exercício de uma função social.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 adotou uma posição de vanguarda, em relação ao Código Civil de 1916, pois não estabeleceu correspondência com o indigitado princípio clássico da relatividade subjetiva, o que importa concluir que o mesmo não encontrou ambiência na nova codificação em razão desta ter adotado o princípio da função social dos contratos, ou seja, a repercussão do contrato não se encontra mais adstrita às partes e sim à sociedade como um todo.

Não seria de todo equivocado afirmar que a Lei de Introdução ao Código Civil, encetou vestígios do princípio da função social, conforme se depreende do conteúdo do artigo.⁷² Embora a veia social não colorisse o corpo da codificação civil, havia o crivo subjetivo do juiz, por ocasião da aplicação da lei encontrar limites no atendimento ao fim social e nas exigências do bem comum.

⁷² Art. 5º. “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

CAPÍTULO III

CENÁRIO DE TRANSFORMAÇÃO: DA CODIFICAÇÃO A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ESTADO SOCIAL

Sumário: 1. Do Estado liberal ao Estado social: a grande viragem. 2. A insuficiência da codificação civil no cenário do Estado social. 3. Da escuridão à luz: a constitucionalização do direito civil 4. A constitucionalização do direito civil e o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. 5. A constitucionalização do direito civil e a crise da codificação. 6. A constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 7. A constitucionalização do direito civil e a superação da dicotomia público e privado

1. Do Estado liberal ao Estado social: a grande viragem

A desmedida liberdade de contratar conferida aos indivíduos, revelou seu lado maléfico, principalmente durante a Revolução Industrial, fenômeno de grande relevância da era moderna. O capitalismo nascente impunha uma técnica de produção em série que gerasse riqueza.

O cenário trouxe à tona o divórcio existente entre a igualdade formal e a igualdade material ou substancial aliada à presença de elementos que contribuíam sobremaneira à formação de uma sociedade desigual, excludente e permissiva da concentração de poder e riqueza nas mãos de uma pequena camada social.

A insuficiência dos limites tradicionais e negativos da autonomia privada para dirimir os abusos das relações contratuais, impõe a saída do Estado da condição minimalista, própria do período liberal, para se transformar em agente normativo e regulador da atividade econômica. Passa a limitar positivamente a liberdade contratual e a explorar e deter o monopólio de algumas atividades, eminentemente, privadas.⁷³

O contrato não conseguia mais disfarçar a relação desigual e opressora firmada entre a parte detentora dos bens de produção e aqueles que nada possuíam, salvo a força de trabalho. Assim a função principal do contrato estava comprometida, ou seja, a circulação da riqueza ficava adstrita aos detentores do capital.

Os aspectos econômicos e sociais refletem bem essa transição. Iniciam-se num dado momento histórico, destituídos de qualquer intervenção estatal, à mercê dos interesses individuais e passam para um outro contexto social, cuja prevalência é a intervenção estatal. Este momento representa o divisor de águas entre o Estado Liberal e o Social. Além de ser a base da compreensão do processo de intervenção estatal na economia com reflexos na propriedade privada e nos contratos.

O advento do Estado social (*Welfare State*), em grande medida, foi consolidado a partir da propagação das idéias socialistas, cuja marca era o princípio da solidariedade social. Respalçado nisso, difundiu-se a aplicação de normas restritivas da liberdade contratual. A Constituição de Weimar (1919), considerada de vanguarda, preconizava a proteção da sociedade e a anunciação dos princípios fundamentais de uma ordem constitucional, privilegiando os direitos sociais e a reconciliação do Estado com a sociedade, que essa realidade se consubstancia.

A codificação civil liberal foi abalada em seus fundamentos diante da nova feição constitucional, isto é, no período liberal, a Constituição se reportava à limitação do Estado e a sua organização política; enquanto à codificação cabia ampliar o espaço da autonomia dos indivíduos, em especial no campo econômico. Entretanto, essa ordem foi alterada em face dos

⁷³ A respeito ver Natalino Irti. L'età della decodificazione. **Revista de direito civil- imobiliário, agrário e empresarial.** 1979, p. 19.

valores e da natureza compromissória previstos nos textos constitucionais oriundos do Estado social.

A Constituição abandona a condição de instrumento meramente político e passa a ser instrumento sócio-jurídico privilegiado das relações privadas.

Há uma preocupação em dimensionar o valor da pessoa humana em sede constitucional. Importa numa inversão valorativa em relação à codificação civil, ou seja, a tutela da pessoa humana passa a irradiar as relações jurídicas em detrimento do aspecto patrimonial tão caro ao período liberal. Valores, até então desprezados, a exemplo da justiça social ou distributiva, passam a colorir o cenário social. Propugna-se por uma ordem consolidada na ideologia do social.

A realidade sócio-econômica é inteiramente modificada pelos princípios sociais, em particular pelo princípio da solidariedade social, que passam a dirigir a atividade econômica e a atividade contratual de modo a corresponder às exigências fundamentais da justiça e da garantia de uma existência digna a todos.⁷⁴

2. A insuficiência da codificação civil no cenário do Estado social

Não demorou muito para ruir a máscara falaciosa da segurança e da pretensão da codificação civil em exaurir todas as questões relacionadas ao interesse privado e, inexoravelmente, descortinar a insuficiência da codificação para enfrentar os reclamos sociais.

O contexto, que coloriu e informou o período liberal, perdeu o objeto diante das novas tendências comprometidas no atendimento das necessidades sociais. A conjuntura demonstrava que era dado o momento de se criar um modelo estatal que assegurasse, efetivamente, o primado do social sobre o individual e evitasse a espoliação dos mais fracos pelos mais fortes. De forma imediata, implicaria no estabelecimento de limitações políticas e econômicas.

⁷⁴ A propósito do princípio da solidariedade ver Pietro Barcellona. **Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla del progetto moderno**. Roma, 1998, p. 148. Ver ainda Franz Wieacker. **História do direito privado moderno**, 1967, p. 633.

A eclosão, no continente europeu, de uma grande crise social, devido às insatisfações das classes sociais menos privilegiadas e sacrificadas com o exercício ilimitado da liberdade econômica, pôs em xeque a suficiência das leis liberais para restaurar a normalidade social. Como isso não se verificou, ao Estado coube assumir a função legiferante.

Em contrapartida, a codificação não dispunha de fôlego para enfrentar as conquistas e a solidificação dos ideais sociais que representavam a insigne do novo modelo estatal perseguido. Este período é norteado pela crescente ampliação da idéia de ordem pública e a mitigação da utilização da lei.

Essa mudança de paradigma imposta pelo Estado social exige também dos operadores do direito uma participação mais ativa, no sentido de adaptar o direito à realidade que desafia a sua decisão, para as quais os Códigos não estão preparados. O momento exige a premência de uma legislação dotada de dimensão social, do contrário a fenda tende a crescer, distanciando as situações de vigência e de eficácia das leis.

Nesse compasso, juízes constróem, à margem da lei, sedutoras teorias. No mesmo passo, o legislador, mediante a inserção de normas cogentes, de cunho protetivo, passou a intervir acentuadamente na economia.

Assim encontramos esteio na contribuição de Darcy Bessone:

O legislador e o juiz, preocupados com os princípios insertos nos Códigos, procuram justificação para as afrontas que lhes fazem, invocando a equidade, as idéias de solidariedade, as teorias humanizadoras do Direito – a da lesão, a da imprevisão, a do abuso do direito, a do enriquecimento sem causa. È um trabalho constante de abrandamento do laço contratual, cada vez mais flexível, menos rígido. Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem frequentes derrogações, em proveito da justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens.⁷⁵

Infere-se daí, que os princípios clássicos do contrato insertos na codificação civil colidem com o momento de transição, no qual as idéias sociais vão conquistando terreno e firmando-se em bases mais sólidas.

Sob o manto da ordem pública, o Estado vai ampliando sua intervenção na esfera privada.

3. Da escuridão à luz: a constitucionalização do direito civil

A constitucionalização do direito civil deve ser compreendida prioritariamente em três níveis. Quais sejam: o formal, o substancial e o transformativo.

Entenda-se pelo nível formal a migração dos três institutos fundamentais das constituições privadas (contrato, família e propriedade) para seara constitucional. Já o nível substancial diz respeito a existência de uma principiologia axiológica na Constituição que aproxima ou, praticamente, elimina as fronteiras entre o direito público e privado. E por fim, o nível concernente à transformação do direito civil em razão da jurisprudência. Propugna-se por um direito civil construído rente à realidade.⁷⁶

Joaquim de Sousa Ribeiro é dos que também se pronuncia sobre a transformação incidente no direito civil por ocasião da constitucionalização:

⁷⁵ Cf. **Do contrato**, 1987, p. 45.

⁷⁶ Luiz Edson Fachin – Palestra proferida durante o **II Congresso Nacional de Direito Civil e Processo**, Recife -PE, ago. 2002. Ver Natalino Irti., L'età della decodificazione. **Revista de direito civil- imobiliário, agrário e empresarial**, 1979, p. 28. Francesco Galgano. **Il diritto privato fra codice e costituzione**, 1988, p. 58.

Esta projecção do direito constitucional no direito civil é um fenómeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa idéia de Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época. Pondo o nosso direito civil em sintonia com o espírito do tempo [...] A Constituição prefigurou, o regime de relações jurídico-civis, funcionando como promotora de modificações substanciais ao seu conteúdo. Assim pode provocar ou programar modificações do direito civil, quer de forma imediata, derogando, por inconstitucionalidade, preceitos que a infrinjam, quer através de mandatos ao legislador para que dê realização plena aos valores que consagra. Por qualquer das duas formas, o direito civil assume, por influxo constitucional, uma nova configuração, diferente da que, sem ele, teria.⁷⁷

Ao direito civil, diante da migração dos elementos fundamentais à orbita constitucional, somente resta redesenhar um outro modelo jurídico, baseado na principiologia axiológica da Constituição. A começar pela revisitação do conceito de pessoa.

O sentido que foi emprestado à codificação não encontra correspondente na constitucionalização. Aqui a pessoa ganha fórum privilegiado, deixa de ser um sujeito abstrato do código e ganha concretude. É um sujeito com necessidades reais, que luta para conquistá-las.

Dessa maneira, a constitucionalização, em seu aspecto formal, compreende os três elementos fundamentais do direito civil (contrato, família e propriedade). Quer dizer, no plano jurídico, a consolidação do Estado social se dá mediante a inclusão na Constituição da regulação da ordem económica e social.

Nessa quadra evolutiva há o reconhecimento de que o contrato é um fenómeno económico, como tal, precisa ser regulamentado. Emerge assim uma oposição ao despotismo económico, que resultará em um processo de intervenção na economia do contrato para restabelecer o equilíbrio contratual.

Torna-se claro que as actividades económicas se externam mediante o contrato, sendo imperioso regular a actividade económica em seu conjunto. Desta feita, o contrato passa

⁷⁷ Cf. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**, 1998, p.732 a 735.

a exercer funções, tais como: a de instrumento de circulação distributiva de riquezas, a de mantenedor da igualdade formal e material das partes, além da exigência de um atrelamento a uma função social, quando do estabelecimento das relações jurídicas.

O Estado amplia seu âmbito de atuação e assume a condição de regulador da ordem econômica, passando inclusive a explorar e deter o monopólio de algumas atividades até então eminentemente privadas.

A presença do Estado, subsidiando a produção e propiciando o crescimento da economia, estriba-se na necessidade premente de limitar a liberdade de contratar e a liberdade de iniciativa econômica, destituída de fins sociais, aditado ao estratagema de fortalecer a economia, salvaguardando o próprio regime capitalista, de modo a inseri-lo em circunstâncias mais justas, igualitárias e distributivas, o que possibilitará oportunidade real de acesso a todos que desejem entrar no mercado.

O intervencionismo estatal nas relações privadas, atingiu, na essência, o encastelamento do código dotado da pretensa construção legislativa onipotente e da auto-suficiência reguladora das relações privadas. Por muito tempo o Direito Civil foi identificado e subsumido ao Código Civil.

O Código, sempre avesso à interdisciplinaridade, à atemporalidade e a qualquer ingerência estatal, se viu abalado em sua magnitude.

A intervenção estatal na economia, no início meramente esporádica, foi ganhando fôlego e passou a concorrer vantajosamente com as codificações civis, de tal sorte a abalá-las em seu epicentro, ou seja, a autonomia dos indivíduos na seara econômica. Nessa altura, as codificações já davam sinais inequívocos de declínio. O Código Civil Brasileiro não ficou imune a esse processo. Todavia os sintomas do descompasso foram bem posteriores aos europeus, precisamente a partir da Constituição de 1934.⁷⁸

⁷⁸ **CF/1934**-Art. 115“*a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*”.

Há por parte do Estado social um recrudescimento dos interesses sociais em detrimento dos individuais. Essa viragem proporciona um aparente paradoxo. O Estado social, limitando a liberdade de forma positiva, aproxima-se mais do sentido de justiça mediante a densificação do princípio da igualdade material que, propriamente, quando as partes, sob o manto da autonomia da vontade e no exercício da liberdade negativa, estabeleciam relações destituídas de qualquer ingerência estatal.

Mais uma vez nos servimos das contribuições de Paulo Luiz Netto Lôbo, para ilustrar a nova realidade jurídica:

além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.⁷⁹

Reafirmando o que outrora fora dito, o fenômeno da constitucionalização consagra um novo sistema de interpretação hermenêutica, exigindo do operador do direito desenvolver uma complexa operação para solucionar as lides.

A hermenêutica constitucional que se opera tem por premissa a releitura e a transformação crítica dos signos constantes na codificação civil.

Da constitucionalização do direito civil, se extrai ao menos quatro perspectivas: a afirmação do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, a crise da codificação correspondente à ascensão do movimento da descodificação⁸⁰, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a tenuidade entre o direito público e privado. Haja vista a complexidade que as envolve, optamos pelo seu desmembramento.

4. A constitucionalização do direito civil e o macroprincípio da dignidade da pessoa humana

⁷⁹ Cf. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, 1999, p.102.

⁸⁰ Para melhor compreensão do apogeu e do declínio da codificação ver Gustavo Tepedino. **Temas de direito civil**, 1999, p. 10 e 11.

Apesar do macroprincípio da dignidade da pessoa humana já ter sido objeto de análise por ocasião do primeiro capítulo, julgamos oportuno contextualizá-lo na seara da constitucionalização do direito civil.

A grande transformação ocorrida durante a passagem do Estado liberal ao Estado social diz respeito à tutela da pessoa humana. Há uma inversão de paradigma: do individualismo patrimonialista do Código Civil (1916) migra-se em direção à solidariedade social e à localização da pessoa, enquanto centro dos interesses das relações privadas.

Esse processo que redirecionou o conteúdo do direito civil à perspectiva constitucional, trouxe ínsitos os movimentos da repersonalização e da despatrimonialização, ou seja, a tutela da pessoa em todas as suas dimensões, a pessoa como ponto central das preocupações do direito civil, ficando o patrimônio com o papel de coadjuvante.

Modificam-se os valores, porque no Estado liberal preponderava o patrimônio, enquanto no Estado social o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição meritória. Esta foi a opção acolhida pelo sistema normativo para conciliar a pessoa e seus direitos.

O indivíduo proprietário deixa de ser a base fundante do direito privado e cede espaço à proteção da pessoa, na seara constitucional, enquanto titular de direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Os fenômenos da repersonalização e da despatrimonialização integram o conjunto de transformações oriundas da constitucionalização do direito civil. Dessa maneira, detêm interface com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito privado, que privilegiava o interesse individual em detrimento dos interesses sociais reconhece e rende-se à exigência de uma modificação de enfoque. Sob o manto legal da dignidade e do respeito à igualdade material, as oportunidades são estendidas a todos. Nesta quadra, o direito privado sai do enfoque individualista rumo ao solidarista.

Neste sentido encontramos apoio nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

É, com efeito, que o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.⁸¹

O Estado ao assegurar o espaço de preservação do princípio da dignidade humana, não apenas dita as normas, mas as conforma àquele princípio.

Daí a inafastável atuação do estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana.⁸²

5. A constitucionalização do direito civil e a crise da codificação

Quanto ao segundo aspecto, decorrente da insuficiência da codificação e do surgimento de leis cada vez mais específicas e dotadas de interdisciplinaridade, emergem os questionamentos acerca da funcionalização do Código Civil.

Inquestionável que, durante a permanência das idéias liberais, o papel desempenhado pelas codificações foi de grande valia. Todavia, as funções daquela época não são adequadas ao enfrentamento das questões modernas. Aspecto suficiente para ceder espaço

⁸¹ Cf. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**, 1999, p. 109.

⁸² *Idem*, p.102.

a acaloradas discussões entre os civilistas acerca da necessária releitura dos institutos jurídicos privados à luz da Constituição e não o contrário como era de costume.

A textura rígida e ultrapassada das codificações liberais perdem espaço para a textura aberta que permeiam as microcodificações. A herança pesada da codificação engessa o enfrentamento de questões que, diurnamente, surgem exigindo respostas rápidas e adequadas às complexidades da vida social. Eis mais um dado favorável à inserção das microcodificações multidisciplinares no ordenamento jurídico.⁸³

Ademais, as microcodificações permitem uma análise plural do objeto, sem esquecer da dinamicidade com que os temas, excedentes às fronteiras do direito civil, mas com ele interdependente, podem ser enfrentados. Essa função, paulatinamente preenchida pelas microcodificações, apaga em definitivo a idéia de que o direito privado gira em torno da codificação civil.

O cenário pressupõe a interpretação conforme a Constituição, no sentido de haver maior compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, e este requisito não está presente na codificação civil; por conseguinte, revela-se como elemento desfavorável ao fluido desenvolvimento do direito civil.

É chegado o momento do direito civil libertar-se dos ranços do passado e transformar-se, sob a senda constitucional, numa vertente aberta que permita o frequente diálogo com seus pares, ou seja, extrapole as fronteiras do jurídico rumo ao descortinar da interdisciplinaridade.

Inúmeras foram as manifestações doutrinárias favoráveis à descodificação. A título ilustrativo, reportamo-nos à opinião de Caio Mário:

Tenho reafirmado que não mais se pode reconhecer aos Códigos a missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos. Se eles representam a consagração da previsibilidade, hoje exercem um papel

⁸³ A respeito ver Natalino Irti. L'età della decodificazione. **Revista de direito civil- imobiliário, agrário e empresarial**. 1979, p. 26.

residual, diante de uma nova realidade legislativa, em que os microssistemas constituem pólos autônomos, dotados de princípios próprios, impondo inovadora técnica interpretativa.⁸⁴

6. A constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A terceira perspectiva da constitucionalização do direito civil incide na eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em relação a terceiros, ou eficácia horizontal em relação a terceiros, ou eficácia privada, entre outras expressões utilizadas para exprimir o mesmo sentido.

Inúmeros autores vêm se debruçando sobre o instigante universo da eficácia dos direitos fundamentais. Dúvidas e certezas caminham lado a lado sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Até então, prevalecia o entendimento que somente havia a clássica vinculação entre particulares e Estado.⁸⁵ Este era tido como o único violador dos direitos fundamentais, todavia os fatos e a complexidade social demonstravam uma outra realidade. Essa condição deixou de ser exclusiva e estendeu-se aos particulares e às coletividades, denotando-se a imperiosa necessidade de ampliar a proteção contra as insurgências dos mais fortes na sociedade.

Trata-se de saber se o acto de uma pessoa privada directa ou indirectamente agressor de direitos ou princípios constitucionais pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados.⁸⁶

O curioso é que, na situação em apreço, agredido e agressor são titulares dos direitos fundamentais. Como ponderar esta situação de forma a impor a proteção dos respectivos direitos e ao mesmo tempo estabelecer restrições recíprocas? Entre as partes

⁸⁴ Cf. **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias & Rodrigo da Cunha Pereira.(coords.) 2001, p. vi.

⁸⁵ A respeito do tradicional paradigma da relação vertical ver Luigi Ferrajoli. *Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie. Il diritto privato futuro*, 1993, p. 13.

⁸⁶ J.J.Gomes Canotilho. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 109.

existe uma relação horizontal pressupostamente igualitária, ao contrário do que se verifica entre particulares e Estado, nomeadamente verticalizada.

Não obstante, além das relações entre particulares há uma outra que também merece atenção. Estamos nos reportando às relações entre grupos e particulares, a exemplo das relações entre fornecedores e consumidores, pois se por um lado diz respeito a uma relação inter-privada, por outro importa numa situação *sui generis*, pois o poder daquele grupo social quase que desnatura a relação horizontalizada.

Adite-se a condição do consumidor, pois muito mais que um particular, integra a categoria de direito fundamental social. Diante desse quadro relacional entre as mais diversas categorias de direitos fundamentais, qual é a posição do Estado?

Perante a doutrina, cresce o convencimento de que por força da unidade do ordenamento jurídico, aplicado em toda ordem jurídica, não faz sentido uma compreensão restrita, ou seja, os direitos fundamentais valem nas relações inter-privadas, compreendendo-lhe na dimensão ampla, ou seja, abarcando as relações entre particulares e grupos, bem como os chamados direitos fundamentais sociais.⁸⁷

Entenda-se por direitos fundamentais sociais aqueles que materializam a realização da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana.

Nesse caso específico, os direitos sociais exigem uma crescente participação do Estado na sua realização.⁸⁸

A grande questão que vem suscitando calorosos debates doutrinários importa na adoção ou não da teoria da eficácia imediata (direta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para tanto, há os defensores, os opositoristas e ainda os que propugnam por uma situação intermediária e casuística.⁸⁹

⁸⁷ A propósito ver Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, 1987, p. 42.

⁸⁸ Ver Ingo Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, 1999, p.106 –107.

⁸⁹ A respeito ver Gustavo Tepedino. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira, **Conferência na Faculdade de Direito de Coimbra**, p. 340, Konrad Hesse. **Derecho constitucional e derecho privado**, 1995, p. 62, Jesús García Torres & Antonio Jiménez-Blanco. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**, 1986, p. 23 e Ingo Wolfgang Sarlet.

Canotilho é um dos integrantes da corrente híbrida que fundamenta sua posição no chamado perigo da panconstitucionalização. Segundo o autor, é premente o risco da colonização do direito privado em face do excesso de irradiação dos direitos fundamentais:

Nestes termos o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais.[...]

A idéia de eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça.

O problema que se põe a qualquer jurista colocado no meio destes dois mundos é o de saber como resolver em termos juridicamente rigorosos e constitucionalmente não-capitulacionistas as questões da ponderação de direitos e bens através de uma balança que já não tem só dois pratos, antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses.⁹⁰

E por fim, o Estado funciona simultaneamente com o imperativo de abstenção, de respeito aos direitos fundamentais (defesa) e pelo compromisso positivo (prestacional) de promover, efetivar e protege-los.⁹¹ Não obstante, é mister estabelecer critérios, sob pena de dilatar as categorias de direitos fundamentais a ponto de banalizá-los.

Lúcidas as observações de Walter Claudius Rotheburg sobre o tema:

Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, 2000, p. 98.

⁹⁰ Cf. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 109.

⁹¹ Benedetto Croce et. al. **Declarações de direitos**. 1988 “A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos de liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu conhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”.

A rotulagem das mais diversas situações como direitos fundamentais e o fato de que a enunciação normativa de direitos fundamentais dificilmente consegue fazer-se acompanhar de garantias eficientes, acarretam uma ineficácia e, por conseguinte, um desprestígio desses direitos, tendentes à sua banalização. É preciso ter sempre em conta a reserva do possível, vale dizer, a capacidade real de implementação de condições de sucesso dos direitos fundamentais, sob pena de se beirar a utopia.⁹²

No plano do direito comunitário europeu a preocupação atinge um outro nível de complexidade, ou seja, da viabilidade ou não de instituir um catálogo comum de direitos fundamentais para a comunidade europeia.⁹³

7. A constitucionalização do direito civil e a superação da dicotomia público e privado

A quarta perspectiva da constitucionalização, recai na estreiteza do vínculo entre direito público e direito privado. A dimensão clássica da polarização vê-se abalada perante a embaralhada relação proveniente dos postulados do Estado social, em especial, da constitucionalização do direito civil.⁹⁴

Apreende-se, nos textos doutrinários, que direito público é aquele que regula o vínculo firmado entre o Estado, este exercendo seu poder de império, em contraposição aos particulares. Enquanto o direito privado, por excelência o direito civil, incide na seara das relações entre particulares. Esta é a base tradicional da dicotomia, no entanto, hodiernamente, não faz mais sentido. O termo embaralhado, utilizado acima, retrata categoricamente como é frágil, tênue e imprecisa essa divisão, sua permanência só se mantém por fidelidade à tradição, sob o argumento de fins didáticos, destituída todavia de qualquer caráter científico.

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os

⁹² Cf. Direitos fundamentais e suas características. **Instituto Brasileiro de Direito Constitucional**, 2000, p. 151.

⁹³ A respeito ver Diego Lopez Garrido et al. **Derecho comunitário europeu: liberdades económicas y derechos fundamentales**, 1986, p. 629- 630.

⁹⁴ A propósito ver Paulo Luiz Netto Lôbo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, 1999, p.100. Ver também Luiz Edson Fachin O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, 2000, p. 116.

recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado.⁹⁵

O ordenamento jurídico é uno, não se vislumbra a existência desse abismo entre os dois ramos, pelo contrário, eles se interagem, complementam-se. A dinamicidade das relações sociais originam inúmeras situações, criam novos institutos estranhos ao código, e nem por isso podem ficar sem solução. Impossível é conceber uma prestação jurisdicional destituída de interdisciplinariedade. Ademais, no universo da constitucionalização do direito civil, as fronteiras entre o direito público e privado tornam-se cada vez mais tênues.

A fragilidade da codificação é incontestável para enfrentar casos concretos, sobretudo quando envolvem a categoria dos chamados novos direitos, como o meio ambiente, o direito do consumidor, o direito de família. Assim faz-se mister socorrer-se dos preceitos dos demais ramos do direito para, com isso, enaltecer a unicidade do ordenamento.

CAPÍTULO IV

DA MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

**Sumário: 1.. Do abstencionismo ao intervencionismo estatal.
2. Dirigismo contratual público. 3. Dirigismo contratual privado.**

1. Do abstencionismo ao intervencionismo estatal

A regulação da ordem econômica e social pela Constituição importou uma série de mudanças para o direito civil, com especial veemência para o contrato, para propriedade e para família.

⁹⁵ Maria Celina B.Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, 65, 1993, p. 24.

O intervencionismo se caracteriza pela ingerência estatal no cenário econômico. Sendo o contrato o instrumento que recebe diretamente os influxos econômicos, conseqüentemente verifica-se o fenômeno do dirigismo contratual cuja caracterização se dá através da intervenção estatal, na esfera privada; o Estado não apenas intervém, mas passa a dirigir os contratos, principalmente quando derivados do fenômeno da massificação social.

A massificação, antes de tudo, impõe a necessidade de rever os postulados clássicos do contrato. Diz respeito às transformações das funções e dos conteúdos dos contratos, importando o surgimento de novas figuras contratuais.⁹⁶

A estrutura clássica do contrato é completamente modificada e novos paradigmas são utilizados como anteparo à sociedade massificada. Não obstante, o contrato não perde a primazia de instrumento indispensável às trocas econômicas.

Contemporaneamente ao processo de intervenção estatal, assinala-se o fenômeno crescente das condições gerais. São situações muito próximas e coincidentes na função de dirigismo contratual e de estreitamento do princípio da autonomia privada, mas a incidência é distinta, ou seja, a primeira, de ordem pública e a segunda, privada.

A realidade e as transformações econômicas do setor produtivo demonstraram que o instrumental clássico de contrato se revelava incompatível. O aumento das necessidades sociais e o ritmo alucinante das relações exigia um instrumento negocial apto e veloz para atender, satisfatoriamente, às novas exigências.

Alguns fenômenos contribuíram diretamente para o crescimento empresarial e para a massificação contratual:

- a acelerada urbanização e suas demandas de serviços;
- o gigantismo empresarial e a concentração de capitais, privados ou estatais;
- a formação de monopólios;
- o fornecimento de bens e serviços em grande escala;

⁹⁶ A propósito ver Fernando Noronha. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, 1994, p. 71-72.

- o consumo em massa;
- o uso disseminado da computação;
- a utilização massiva de propaganda.

A padronização contratual passa a ser a regra da sociedade massificada. E como principal resultado dessa mudança destaca-se a redução ou a mitigação da liberdade de contratar o conteúdo, o tipo e o efeito do contrato:

Impõem-se novas formas de contratação – em massa e por diferentes sistemas de comunicação – novas formas de atividades econômicas; novas técnicas; novas negociações vêm interferindo na esfera contratual, perfazendo-se os ajustes sem negociação prévia e, em geral, uniformizando-se as condições. A estandardização do conteúdo de contratos, em inúmeros setores torna-se de uso.⁹⁷

Princípios como o da autonomia da vontade, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos contratuais, assim como os pressupostos da personalidade das relações, da capacidade das partes e da manifestação de vontade das partes, que outrora fundamentaram os contratos clássicos, têm reduzido ou mitigado seu espaço no contexto da sociedade de massa.

Para muitos, esse processo crescente de intervenção representou a descaracterização do próprio instituto jurídico do contrato.

Orlando Gomes, manifestando-se sobre os efeitos da intervenção estatal, nas relações privadas, entende que:

O contrato foi atingido na sua cidadela ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato.⁹⁸

⁹⁷ Carlos Alberto Bittar. O dirigismo econômico e o dirigismo contratual. **Revista de Informação Legislativa**, 1980, p. 244.

⁹⁸ Cf. **Contratos**, 1997, p.07-8.

Uma análise precipitada dos efeitos decorrentes da limitação no conteúdo do princípio da autonomia da vontade, pode induzir a uma conclusão imprecisa, pois o fato de haver ingerência estatal em alguns institutos eminentemente privados, a exemplo da propriedade, da lei de locação de imóveis urbanos, do estatuto da criança e do adolescente, não leva a que o direito privado tenha sido absorvido pelo direito público.

O Estado dirigindo a economia, não significa que o contrato saiu da esfera privada. Ao contrário, continua existindo em sua plenitude, apenas inserido em um contexto limitativo de normas cogentes. Há um direcionamento de conteúdo, não por acaso a crescente quantidade de contratos de adesão (eminentemente privados), firmados pela sociedade de massa.

Nessa quadra, é interessante estabelecer a distinção entre publicização e constitucionalização. Enquanto naquele se observa o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, de maneira a reduzir o âmbito de incidência do princípio da autonomia da vontade, este tem por premissa a observância da legislação infraconstitucional sob o crivo da Constituição, em atenção ao princípio da supremacia constitucional.

Encontramos em Paulo Luiz Netto Lôbo uma percuciente reflexão dando-nos conta de que as relações jurídicas privadas não perdem essa condição em razão da intervenção estatal:

O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais, não é este o campo próprio do direito público. É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados, tanto no que se considerava como direito público, quanto no direito privado.⁹⁹

Somos convidados diuturnamente a enfrentar novos problemas, cujo conteúdo vem sendo absorvido pelas microcodificações multidisciplinares, as quais permitem, além de

uma análise plural de determinado objeto, propiciar uma dinamicidade das decisões de maneira a torná-las mais eficazes.

Apesar de comumente reconhecer-se duas espécies de dirigismo (público e privado), suas características estão imbricadas. Fato este que corrobora também com a tese da unidade do ordenamento.

Independentemente da espécie de dirigismo, há de se reconhecer algumas características permeadoras na nova formação contratual, suscitantas de profundas transformações, são elas : o reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes, ou seja, ausência de igualdade material; a vinculação contratual prescindindo a manifestação de vontade; a predisposição prévia e unilateral, bem como o recurso às condições gerais dos contratos, suprimindo a negociação prévia.

Trata-se de uma situação hermética, não conferindo alternativas para o outro contratante “é aderir ou largar”. A contratação encontra-se em estado de oferta permanente e geral a um número ilimitado e indeterminado de pessoas. A possibilidade de escolher o outro pólo da relação contratual não existe. Há a obrigação de contratar (ofertar os bens e serviços necessários para o bem estar da população).

Tais características ratificam a limitação ou a relativização do espaço de incidência dos princípios contratuais liberais, demonstrando também a imprescindibilidade da vigilância estatal no sentido de preservar o pólo mais vulnerável da relação das desagradáveis surpresas das cláusulas abusivas.

No que toca especificamente à defesa do consumidor, sua realização só faz sentido com base nos princípios sociais do contrato.

Em síntese infere-se que o dirigismo contratual é público, quando exercido pelo Estado e o dirigismo contratual privado é aquele que se manifesta através das condições gerais dos contratos.

⁹⁹ Cf. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, 1999, p.100.

Dadas as repercussões contratuais do dirigismo público e privado serem distintas, convém analisá-las isoladamente.

2. Dirigismo contratual público

O dirigismo público se manifesta mediante três sub-espécies: legislativa, judicial e administrativa.

O dirigismo contratual público acaba servindo de contraponto ao dirigismo contratual privado. É um controle exercido pelo Estado de forma a restringir os tentáculos e perigos do dirigismo contratual privado, materializado nas condições gerais dos contratos.

O dirigismo contratual público está, intrinsecamente, relacionado ao fenômeno da constitucionalização do direito civil. Desse modo, passou a integrar a seara constitucional, ou seja, a Constituição legitimou o dirigismo.

Conforme visto alhures, perante a Constituição inaugural da ordem econômica e social, a liberdade econômica só é permitida desde que conformada aos princípios da Justiça e às necessidades da vida nacional, a fim de possibilitar a todos existência digna.¹⁰⁰

O contrato sofre limitações positivas no seu conteúdo, depara-se com uma tipologia metamorfoseada ante o arquétipo contratual clássico e condiciona-se à realização dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos e da equivalência material dos contratos.

Nessa perspectiva, o contrato, como receptor das vicissitudes sociais, fica atrelado aos ditames constitucionais com os respectivos princípios orientadores da nova ordem jurídica.

A sub-espécie legislativa demarca com maior nitidez a intervenção direta do Estado na condução dos contratos. Se revela através da enorme produção de leis voltadas à densificar, principalmente, o princípio social da equivalência material dos contratos.

¹⁰⁰ CF 1934 - Art. 115.

A intervenção estatal tem por substrato manter a linearidade da relação jurídica. Dois, entre tantos outros exemplos, ilustram bem a hipótese em comento: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei de Locação dos Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91).

Ambas destinam-se a regular relações jurídicas especiais, mas possuem um denominador comum: tutelar a parte mais fraca da relação jurídica de maneira a preservar o equilíbrio do contrato.

O dirigismo judicial também representa um grande avanço, pois este mecanismo possibilita ao juiz o poder de revisar ou modificar os contratos a fim de mantê-los e, simultaneamente, garantir a igualdade das partes, preservando o equilíbrio da relação.

Lançar mão desse recurso, representa tutelar uma das partes da onerosidade excessiva, geratriz de prestações desproporcionais, mediante a modificação equitativa das condições do contrato.

Essa tendência de privilegiar a manutenção dos contratos com base na igualdade das partes, preservando o equilíbrio da relação; abala o epicentro do princípio da obrigatoriedade. Como vimos, durante o período liberal não havia espaço para heteronomia, somente a autonomia da vontade das partes na definição do curso das relações.

O dirigismo judicial traz à baila o recurso à equidade, ao contrário do período de ditadura do positivismo legalista que levou-a ao confinamento.

Excetuando o período liberal, em toda tradição jurídica ocidental, o recurso à equidade sempre foi decisivo nas tomadas de decisão. Representava a justiça no caso concreto.

A respeito do tema, encontramos esteio nas argutas palavras de André-Jean Arnaud:

A história do direito ocidental mostra que, desde sempre, a equidade foi colocada pelos juristas no centro do direito[...]. Razão e equidade natural são

consideradas, na tradição jurídica ocidental, e mesmo face aos textos de lei, como modo superiores de tomar uma decisão[...].É o conhecimento da equidade e a visão geral desse espírito das leis que constituem o primeiro fundamento do uso e da interpretação particular de todas as regras.¹⁰¹

Essa transmutação de papéis, atribuída ao juiz leva-o a migrar da condição de “boca da lei”, característica ínsita ao período liberal, para a condição atuante do que julga sob a égide da equidade e da boa-fé. O papel atribuído ao juiz exige decisões, as quais devem preponderar o senso de justiça, da ética, e dos demais princípios sociais do contrato. Neste contexto, o princípio da obrigatoriedade perde seu caráter absoluto e relativiza-se. Outro dado importante, é o reconhecimento da função social da decisão, ou seja, entra em jogo o atendimento ao interesse social em detrimento ao individual.

O dirigismo público administrativo não requer maiores ilações. Apenas a título meramente exemplificativo ressaltamos as portarias da Secretaria de Direito Econômico referentes a complementação do rol das cláusulas abusivas, as quais são de grande valia para a defesa do consumidor.

Assim, pode-se afirmar que as finalidades almejadas pelo dirigismo público estão em simbiose com os princípios informativos do contrato no Estado social. Dessa forma, torna-se possível equacionar o desenvolvimento econômico com os fins sociais do Direito, mediante a real igualdade entre as partes, dando ao contrato uma conotação de justiça e igualdade.

3. Dirigismo contratual privado

A esta espécie de dirigismo contratual será dada uma maior atenção, tendo em vista sua correlação estreita com o presente trabalho. Quer dizer, a aceleração econômica e a massificação social fomentaram o surgimento da adesão às condições gerais dos contratos.

Comumente, na doutrina, atribui-se sinonímia entre condições gerais e contratos de adesão. Todavia, a exemplo de Paulo Luiz Netto Lôbo, exsurge opinião discordante da orientação:

¹⁰¹ Cf. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado, 1999, p. 105, 109, 110 e 111.

“As condições gerais dos contratos e o contrato de adesão são categorias distintas que podem ser interpenetradas mas merecem tratamento diferenciado. O contrato de adesão é contrato e como tal é negócio jurídico. As condições gerais dos contratos, mesmo quando incorporadas aos contratos individuais com estes não se confundem.[...]

Situam-se as condições gerais dos contratos a meio caminho entre a norma jurídica geral e o negócio jurídico contratual.

O caráter geral, abstrato e uniforme não se altera quando as condições gerais dos contratos são incorporadas aos contratos individuais.¹⁰²

Afora o poderio econômico, as empresas têm a seu favor o direito de lançar mão de forma prévia e unilateral as condições gerais dos contratos. Essas estão em estado latente. Sua materialização se verifica mediante a adesão da outra parte à relação jurídica.

A utilização dessa técnica contratual mitigou a observância do consentimento e da capacidade das partes, até então tidos como requisitos essenciais à validade do ato jurídico.

Es cierto que las condiciones generales de los contratos nacen como una respuesta jurídica a las necesidades técnicas surgidas de la contratación seriada o en masa típica de la economía capitalista, como un medio de racionalizar y simplificar la capacidad negocial de la empresa a través de fórmulas estereotipadas que permitan la realización idéntica y poco menos que simultánea de centenares o miles de contratos.¹⁰³

No mais das vezes estas empresas são detentoras de um potencial econômico superior a muitas nações. A respeito veja-se a interessante observação de Gláucio Veiga quando chama atenção para o equívoco de tratá-las como Empresas; deveriam ser encaradas como Nações.¹⁰⁴

¹⁰² Cf. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 03-4.

¹⁰³ Eduardo Polo. **Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos**, 1990, p. 31.

¹⁰⁴ Cf. **Constituição econômica**, p. 07-8.

Através das condições gerais, as empresas impõem às regras contratuais, conforme seus interesses, aproveitando-se dessa condição de supremacia para enxertar no conteúdo do contrato as cláusulas abusivas.

Por cláusulas abusivas entenda-se aquelas cláusulas imiscuídas nas condições gerais e permeadas no conteúdo do contrato, impostas pelo fornecedor ao consumidor, que de alguma forma ocasione o desequilíbrio da relação contratual de consumo entre as partes.

O imperativo de refrear a incidência, nos contratos, das cláusulas abusivas encontra justificativa sobremaneira no princípio da equivalência material dos contratos, mas reverbera também no princípio da boa-fé. Ainda como desdobramento do princípio da equivalência material, há o reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor.

A permanência dessa espécie de cláusula, no contrato de consumo, põe em risco toda a fundamentação principiológica sob a qual foi concebido o Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se, todavia, que a preocupação com a incidência das cláusulas abusivas, no contratos de consumo, ocupa a tábua de matéria, na dimensão europeia, das questões ligadas ao consumidor.

As cláusulas abusivas, ao lado de outras questões, integram a teia da proteção legislativa europeia tanto no âmbito comunitário, quanto no nacional. Até porque já está claro que na comunidade as atividades de consumo não se limitam ao cenário nacional, pelo contrário, elas são nomeadamente transnacional.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Commission Européenne. **Litiges de consommation**, 1999, p. 04-05.

Sobre o tema ver também Cláudia Lima Marques. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2000, p. 33 – 34.

Com vista ao desenvolvimento linear do tema é prudente dar continuidade à análise das cláusulas abusivas, somente por ocasião do item destinado ao princípio da equivalência material dos contratos no Código de Defesa do Consumidor.

Salienta-se a crescente preocupação das legislações consumeristas em estabelecerem mecanismos de controle para coibir ou, ao menos, limitar a presença das cláusulas abusivas nos contratos, dado o perigo que elas representam.

Para tanto, verifica-se uma tendência mundial de consolidar a defesa do consumidor com base numa estrutura normativa (regras e princípios), cujo corolário é o do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha, encontramos apoio nas palavras de Federico de Castro y Bravo:

En la jurisprudencia, en la literatura jurídica se reconoce de modo general – quizá con la excepción de algún escritor interesado – la necesidad de establecer límites al contenido de las condiciones generales, y de excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual. Sacadas a la luz pública, desenmascaradas las cláusulas abusivas o vejatorias contenidas incluso en las más corrientes condiciones generales, la reacción contra ellas se há hecho general y parece irresistible.¹⁰⁶

Percebe-se a incompatibilidade existente entre cláusulas abusivas e defesa do consumidor. Ademais, tomando como parâmetro a Constituição Federal, a defesa do consumidor integra o rol dos direitos fundamentais, havendo uma preclara intenção de sublimá-la à condição de corolário do princípio da dignidade humana, não apenas como espectador da relação econômica de consumo.

O próprio papel do Direito Privado, nesse cenário das condições gerais, exige releitura. No mesmo sentido, encontramos apoio em Ricardo Luis Lorenzetti :

¹⁰⁶ Cf. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**, 1985, p. 56.

O Direito privado recupera seu espaço como disciplina da vida quotidiana, pretendendo substituir uma realidade em que o indivíduo aparece como heterodirigido pelas empresas, por outra, em que o indivíduo será heterodirigido pelo Direito.¹⁰⁷

Um outro aspecto decorrente do dirigismo contratual privado que também vem causando inquietações, em especial aos que se voltam ao estudo do DIP, diz respeito à quebra ou não do monopólio legislativo pelo Estado, dando azo ao fenômeno do pluralismo jurídico.

Para ilustrar a tese do pluralismo jurídico, recorre-se ao argumento da expansão da *lex mercatoria*, ou seja, sua aplicação prescinde da utilização de qualquer ordem jurídica, configurando assim uma via de regulação autônoma dos operadores do comércio internacional. Dessa forma, configura-se como direito paralelo ao Estado, estabelecido pelos grandes grupos empresariais.¹⁰⁸

Na mesma esteira, encontram-se as observações de André-Noel Roth:

A internacionalização e a maior mobilidade das empresas comerciais e dos meios de produção permitem àquelas “jogar” com maior facilidade e eficiência com as diferentes legislações nacionais.[...]. Assistimos, de um lado, a um movimento de internacionalização do direito nacional em sua forma e, de outro lado, a um movimento de mudança, tanto no nível internacional, como também no nível infranacional e da esfera privada, da produção das normas e de sua legitimação [...]. A relação de força entre Estado nacional (poderio político) e proprietários dos meios de produção (poderio econômico), causadores da globalização da economia e da mobilidade e internacionalização das empresas comerciais, resulta mais favorável aos últimos. O equilíbrio Keynesiano está quebrado. E, como o êxito da coação jurídica, ou seja, o modo (e o conteúdo) da regulação social, está diretamente limitado por essa relação, o poderio econômico pesa mais sobre as políticas sócio-econômicas internas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cf. **Fundamentos do direito privado**, 1998, p.143.

¹⁰⁸ António Marques dos Santos. **As normas de aplicação imediata do Direito Internacional Privado**, 1991, p. 465.

¹⁰⁹ Cf. O direito em crise: fim do Estado moderno. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. José Eduardo Faria (org.), 1996. p. 21 e 25.

Outro que aceita o fenômeno do pluralismo jurídico é Boaventura de Sousa Santos. Porém o festejado autor opta pela designação pluralidade de ordenamentos jurídicos, ao invés de pluralismo jurídico. Segundo ele, há uma impropriedade em estabelecer sinonímia entre os dois termos.

El pluralismo jurídico surgió como reacción contra la reducción del derecho al derecho estatal, hecha por el movimiento codificador y desarrollada por el positivismo jurídico.[...]

En lugar de estar reguladas por un único ordenamiento jurídico, las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras.[...]

Una concepción amplia del derecho y de la idea de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que coexisten en formas diferentes en las sociedades contemporáneas, satisface las necesidades analíticas de una estrategia política y cultural destinada a revelar el pleno alcance de la regulación social que el derecho moderno hace posible (derecho que en otro tiempo fue reducido al derecho estatal), así como el potencial emancipatorio del derecho, una vez éste sea reconceptualizado.¹¹⁰

Em opinião oposta, às esposadas acima, no que pertine a não existência da pluralidade normativa, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o monopólio estatal da legislação rejeita a pluralidade normativa. Porém admite “ que os ordenamentos jurídicos têm demonstrado uma preocupante impotência diante das formas variadas de *law-making power* utilizadas pelas macroempresas”.¹¹¹

A questão, por si só, suscita uma investigação acurada, pois diz respeito a uma das complexas ramificações do dirigismo contratual privado, o que não é pertinente fazer aqui, tendo em vista tangenciar do fito do trabalho.

¹¹⁰ Cf. **La globalización del derecho los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**, 1998, p. 24-6.

Ainda sobre o pluralismo jurídico ver André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**, 2000, p. 381-386.

¹¹¹ Cf. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 17.

CAPÍTULO V

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DO ESTADO SOCIAL.

Sumário: 1. Socialização da teoria contratual. 2. O princípio da boa fé. 3. O princípio da função social .4. O princípio da equivalência material dos contratos. 5. Os princípios sociais do contrato nas constituições brasileiras.

1. Socialização da teoria contratual.

Antes de iniciar a análise dos princípios sociais dos contratos, é mister deslocar atenção para uma etapa anterior importantíssima na evolução do pensamento jurídico.

Estamos nos referindo às idéias de Jhering a respeito da Jurisprudência dos conceitos, em oposição à Jurisprudência dos interesses.

Entenda-se por jurisprudência dos conceitos, a teoria segundo a qual o ordenamento constituía-se num sistema fechado de conceitos jurídicos. Esta teoria encontra guarida nos ditames do movimento positivista que ganhou terreno no continente europeu no século XIX. Mesmo Jhering demonstrando a insuficiência da teoria e criticando veementemente a fidelidade às fontes jurídicas romanas, ainda vistas como válidas para a atualidade, e a complacência com o liberalismo, no sentido de garantir ao indivíduo um domínio irrestrito e a manutenção da autonomia privada sem limitações, suas idéias demoraram muito para tomar corpo na ciência jurídica.

A Jurisprudência dos interesses consiste na teoria voltada a revelar a função social do Direito privado. Ao mesmo tempo que propugna pelas insuficiências da ciência do direito, baseada naquele outro modelo.

Toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua função social: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social[...].

A jurisprudência dos interesses com o decurso do tempo, revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de facto, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valorações próprios da lei.¹¹²

A conjuntura social, política e econômica da época contribuiu diretamente para a decadência do individualismo no direito privado. As transformações suscitaram novos valores, sendo priorizados os sociais. O momento importa numa coloração crescente da consciência jurídica pelo primado do social, em oposição ao individualismo cultuado nas codificações civis.

As matizes da socialização do Direito atingiram a base da teoria contratual abatendo a onipotência da vontade individual. Conforme se extrai do propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano, mediante a limitação da autonomia da vontade, as proposições jurídicas passam a ser dotadas de função social, atribuindo-se relevância ao elemento social, representado pela confiança¹¹³. Adite-se às idéias jurídicas, amplamente difundidas por Jhering, tais como:

a responsabilidade pelo risco, a teoria do abuso do direito, a teoria da base negocial, a organização de <restrições sociais> da propriedade, o dever de fidelidade e de assistência nas relações societárias e nas relações de trabalho, os <deveres de protecção> na relação obrigacional e nos preliminares do contrato.¹¹⁴

¹¹² Assim Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1983, p. 56 e 68.

¹¹³ Orlando Gomes. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967.

¹¹⁴ Assim Larenz, **Op. cit**, 1983, p. 51.

Valores, antes desconsiderados, como a boa fé, função social e equivalência material passam a capitanear a teoria dos contratos, em oposição ao princípio clássico da autonomia privada.

Dentro da concepção de Estado social, somente princípios com roupagem social realizam a justiça contratual, tão renegada na ambiência do Estado liberal.¹¹⁵ Dessarte, cremos que os fundamentos dos valores contemplados pelo Estado social encontram tradução nos princípios sociais da boa-fé, da função social e da equivalência material.

A configuração de uma principiologia axiológica permite o reconhecimento de várias categorias de princípios. Todavia, a análise ficará circunscrita aos princípios considerados indispensáveis ao novel balizamento contratual. Portanto, defendemos a suficiência e autonomia dos princípios sociais para demarcar a nova teoria contratual.

A opção em delimitar o campo de investigação aos princípios sociais justifica-se no fato de considerá-los como premissas fundamentais de todos os demais princípios e por acreditar que a natureza fluida deles seja suficiente para colorir o novo desenho contratual. Para tanto, rechaçamos todas os outros princípios nomeadamente utilizados na doutrina para ilustrar a teoria contratual, ou seja, somos da opinião que todos os demais princípios não passam de projeções daqueles.

Como exemplo dessa afirmação, relacionamos algumas designações principiológicas encontradas na doutrina, principalmente em sede de relações de consumo que, ao nosso ver, somente servem para recrudescer a tese que não passam de projeções dos princípios gerais, isto é, todos encontram fundamentos nos princípios da boa-fé, da função social e da equivalência material:

¹¹⁵ Sobre justiça contratual ver texto de Jacques Ghestin & Christophe Jamin. *Le juste et l'utile dans les effets du contrat. Contratos: Actualidade e evolução*. 1997, p. 123. Segundo o autor dois critérios não podem deixar de ser observados nas várias fases contratuais: o critério da justiça contratual e da utilidade social do contrato.

- princípios da transparência e confiança;¹¹⁶
- princípio do tratamento mais favorável do consumidor, princípio da reflexão, princípio da segurança dos negócios jurídicos de consumo, princípio da precaução;¹¹⁷
- princípio de inversão do ônus da prova;¹¹⁸
- princípio da fraqueza manifesta do consumidor¹¹⁹

Procura-se refutar a autonomia desses princípios com base nos seguintes argumentos: a) qual a dimensão dos princípios da transparência, da confiança, da reflexão, da segurança dos negócios jurídicos de consumo e da precaução, senão deveres de conduta recíproca pré-contratuais, cujo fundamento é o princípio da boa-fé existente desde o momento mais remoto da relação? b) qual a dimensão dos princípios do tratamento mais favorável do consumidor, da fraqueza manifesta do consumidor, senão manifestações do princípio da vulnerabilidade, o qual encontra fundamentação no princípio da equivalência material, da mesma maneira que o princípio de inversão do ônus da prova?

Com o fito de embasar o argumento da completeza dos princípios sociais em relação aos demais princípios, e, particularmente o princípio da boa-fé, seguimos os ensinamentos de Menezes Cordeiro. Segundo o autor, a boa-fé objetiva, como regra de conduta, se concretiza através dos deveres acessórios, quais sejam: os deveres de proteção, derivado da situação de confiança, os de esclarecimento, os de lealdade e os de informação.¹²⁰

Dada a magnitude circundante dos princípios é imprescindível analisá-los isoladamente. O sentido da tentativa importa na imbricação que os permeia, de tal modo a ser quase inexistente a demarcação de conteúdo entre eles.

¹¹⁶ Abalizados doutrinários defendem a confiança como princípio autônomo, em relação ao princípio da boa fé. A respeito ver José Gustavo Souza Miranda. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, 2002, p. 140. Luiz Edson Fachin. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, 2000, p. 116-117. Cláudia Lima Marques. **Contratos no código de defesa do consumidor**, 1999. p. 286 e 573.

¹¹⁷ Mário Frota. Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. **Revista de Direito do Consumidor**, 2001, p. 12 e 13.

¹¹⁸ Antonio de Pádua Ferraz Nogueira. Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 25.

¹¹⁹ José Geraldo Brito Filomeno. Da política nacional de relações de consumo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 2000, p.55.

¹²⁰ Cf. **Da boa-fé no direito civil**, 1984, p. 604,605 e 648. Neste mesmo sentido ver Judith Martins Costa. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, 1999, p. 140.

2. O princípio da boa-fé

É indiscutível a necessidade de reconhecer a intrínseca relação que permeia os princípios, tanto assim a dificuldade de lhes preencher o conteúdo de maneira estanque. É difícil estabelecer com precisão o conteúdo de cada um dos princípios sociais do contrato. Entre eles há uma simbiose favorável à consolidação da teia principiológica que serve de fundamento ao surgimento de outros princípios. Essa situação atinge em especial o princípio da boa-fé e o da equivalência material.

A aproximação entre os princípios não foi por acaso, afinal prevalecia o entendimento que o direito e a realização da justiça eram orientados pelos cânones do positivismo científico, com seus ideais de um sistema fechado, encontrando-se nos Códigos a pretensa autosuficiência para solucionar os casos concretos.

Não tardou muito para as determinantes de certezas e de segurança se virem acuadas diante da falta de respostas compatíveis à realidade.

Interesses sociais passam a se sobrepor aos interesses individuais. Logo, diante de tantas transformações, clama-se por relações materialmente iguais e pautadas em soluções mais flexíveis.

É o tempo do chamado direito equitativo, com o predomínio dos métodos tópicos jurisprudencias. Seguem-se uma nova atitude e uma nova utensilagem legislativas, onde se conta o emprego crescente de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados. E aí a boa-fé surge como intenção ou fundamento de efetivas soluções disciplinadoras e portanto como padrão ético-jurídico.¹²¹

A boa-fé passou a ser considerada como o princípio cardeal das relações sociais. Não é por acaso o peso atribuído ao princípio, extraído a partir da manifestação de José de Jesús López Monroy, segundo o qual:

¹²¹ Mário Júlio de Almeida Costa. Aspectos fulcrais da boa-fé contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2000, p. 17.

El ideal de justicia y de verdad será alcanzado en la sociedad cuando los hombres interna, activa y objetivamente se rijan por el principio de la buena fe.¹²²

O contexto favorável à consolidação da solidariedade social acabou revelando a aproximação entre o princípio da boa-fé e a idéia de direito equitativo. Mas, esta aproximação não é vista por todos com bons olhos, a exemplo de Franz Wieacker. Na perspectiva do autor, é preciso rechaça-la, pois acaba por restringir a dimensão jurídica do princípio da boa-fé:

Considerar la cláusula general de la buena fé como un simple <derecho equitativo> significaría, en última instancia, renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica.

Si se cayera en la equivocación de entender que, en este punto, lo que se manifiesta, en lugar de la justicia, es outro tipo de valor, que tendría que ser un valor metajurídico, como la caritas, el bienestar social, el bien común o la utilidad social, se estaría incidiendo en una arbitraria justicia del cadí.

Y si se entendiera, de acuerdo com el sentido de la tradición aristotélica que el derecho estricto y la equidad son dos elementos antinómicos del derecho, habría un punto de partida correcto e intrajurídico, pero el problema tendría que ser abordado de outra forma.

Y aunque esta forma de operar ofreciera la ventaja de vincularnos a un rico tesoro de tradiciones ético-jurídicas, que de este modo se podrían resucitar, nosotros preferimos prescindir de ahora en adelante del tema de la equidad.¹²³

¹²² Cf. El principio de la buena fe en el derecho civil. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1986, p. 166.

¹²³ Cf. *El principio general de la buena fé*, 1977, p. 28.

Estabelecida a delimitação principiológica de conteúdo que encerra um aspecto mais genérico do princípio da boa-fé, cabe-nos agora trabalhar no plano mais dogmático e enfrentar a questão sob a perspectiva contratual. A boa-fé apresenta-se sob duas espécies: subjetiva e objetiva, ou então boa-fé possessória e da composição contratual equilibrada.¹²⁴ Entenda-se a subjetiva como a boa-fé de crença, a boa fé em que se há a presunção que o sujeito ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. A boa-fé objetiva diz respeito à regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Essa regra de conduta recai no comportamento de uma parte em relação a outra. É sinônimo de confiança. As partes devem agir na exata medida do comportamento esperado. É relação reflexiva entre as partes.

Como o presente trabalho tem por fito a investigação dos princípios contratuais das relações de consumo, sua incidência está no campo do direito contratual. Por conseguinte o princípio da boa-fé será apreciado, tão somente, na acepção da boa-fé objetiva, importando o comportamento das partes envolvidas nas relações jurídicas.

Talvez por esta razão, o lado mais dinâmico da boa-fé objetiva se revele no conteúdo do direito obrigacional. Nesse mesmo sentido, encontra-se as ponderações de José de Jesús López Monroy.

El principio de la buena fe gobierna el Derecho Civil y se exige, subjetiva y plenamente en el derecho de familia; objetivamente en los derechos reales y activa y dinámicamente en las obligaciones e contratos.¹²⁵

Segundo os valores contemplados nas codificações liberais, somente a boa-fé subjetiva encontrava ambiência. O princípio reinante da autonomia privada se apresentava incompatível com qualquer tentativa de funcionalização social. Não por acaso, esta influência carregou o Código Civil de 1916 tornando todas as referências à boa-fé incidentes na acepção

¹²⁴ António Menezes Cordeiro. **Da boa fé no direito civil**, 1984, p. 307.v.I. A respeito da distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva ver também Domenico Corradini. **Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato**, 1970, p. 138.

¹²⁵ El principio de la buena fe en el derecho civil. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, 1986, p. 165.

subjetiva. Ao invés do que se extrai do Código Comercial (1850) que contemplou a boa-fé objetiva como norte na eventual necessidade de interpretação das cláusulas do contrato.¹²⁶

A boa-fé, enquanto regra de conduta, comporta várias limitações ao exercício dos direitos subjetivos. Nesse sentido, se partirmos da premissa de que o princípio da boa-fé objetiva se projeta nos dois pólos da relação, quer enquanto dever, quer enquanto direito, induz concluir que, na fase áurea do princípio da autonomia privada, sob a égide da igualdade formal, não havia ambiência para a realização do princípio da boa-fé nas relações contratuais, nomeadamente marcadas pela desigualdade das partes.

A boa fé objetiva, ao contrário da boa fé subjetiva, importa um conceito jurídico indeterminado, exigente de mediações concretizadoras para aferir seu conteúdo. Neste viés é relevantíssimo o papel do juiz.

Durante o apogeu da codificação civil, que o juiz era tido como escravo da lei, com seu papel condicionado a solucionar os casos concretos baseados na reprodução estrita da lei a aplicação do princípio da boa-fé objetiva era praticamente inexistente.

Esse é mais um dado corroborador da antítese existente entre o princípio clássico da autonomia privada e a boa-fé objetiva. O mesmo não se verifica com a boa-fé subjetiva, pois seu conteúdo e mensuração já estavam definidos na lei.

Deduz-se então que o princípio da boa-fé objetiva ganha maior destaque na ambiência do Estado social, apresentando-se como princípio fundamental na consolidação do novel arquétipo contratual.

No Estado social, o juiz do exercício da atividade mecânica de subsunção dos silogismos, transita para um cenário aberto voltado à aplicação dos princípios, exigente de trabalho hermenêutico mais intenso, mais livre, pois a solução não fica adstrita à lei, mas à complexidade do sistema normativo.

¹²⁶ C.Com. art. 131.1.

Como verdadeiro standard jurídico, a boa-fé requer a mediação concretizadora do intérprete, deixando em aberto a possibilidade de atender às exigências formuladas em cada momento histórico. Assim concebido, o princípio da boa-fé confere ao intérprete a liberdade para decidir segundo as circunstâncias do caso concreto.¹²⁷

A liberdade entretanto não deve ser considerada como livre-arbítrio do julgador. O próprio princípio da boa-fé, como os demais princípios, encontram limites um nos outros. Eles servirão de farol e de limite para a decisão do caso concreto. Os princípios serão relativizados, flexibilizados ao contato com a regra ética.¹²⁸

Interessante é a contribuição de Luiz Díez-Picazo, no prólogo da obra de Wieaker, quando se reporta ao conteúdo do princípio da boa-fé, simultaneamente, estabelece a diferença entre a idéia livre de boa-fé e o princípio.

Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho[...]

Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones(diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos.

Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe.¹²⁹

¹²⁷ Alberto do Amaral Jr. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**, 1993, p. 255.

¹²⁸ Clovis V. do Couto e Silva. **A obrigação como processo**, 1976, p. 43.

¹²⁹ Cf. **El principio general de la buena fe.**, 1977, págs.11-12.

Depreende-se que a boa-fé é um princípio designativo de várias funções. E no plano contratual é que elas se revelaram com mais intensidade. Foram inúmeras e notórias as mudanças sentidas no arquétipo contratual em face da densificação do princípio da boa-fé objetiva. Entre elas merecem destaque: a de instrumentalizar a interpretação dos contratos, a de servir de diretriz em todas as fases contratuais (desde a fase pré, passando pela de execução e de conclusão, até a pós-contratual), o espectro da responsabilidade civil é ampliado, alcançando a responsabilidade pré e pós-contratual. Emergem com toda força os deveres conexos. Salienta-se ainda o princípio da boa-fé instrumentalizando a concretização de outros princípios sociais do contrato.

No contexto interpretativo, a cláusula da boa-fé permeando a relação contratual exerce um papel moldurar de fundamental importância. É uma interpretação integradora da vontade, no sentido de coincidir a intenção com a vontade declarada na prática do negócio jurídico, adite-se o relevante papel que exerce na integração das condições gerais dos contratos.

Ressalte-se a contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo, ao se reportar sobre os efeitos da boa-fé nos contratos.

a cláusula geral da boa-fé desempenha tríplice função: ajudar na interpretação do contrato, adjuvandi, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, supplendi, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, corrigendi.¹³⁰

Na mesma linha de argumentação de Junqueira, encontramos também Menezes Cordeiro:

A existência de uma regra de conduta segundo a boa-fé e a sua evolução permitem colocar o problema do controlo do conteúdo dos contratos, a efectuar pelo juiz, de forma, ao examinar os clausulados contratuais corrigir,

¹³⁰ Antonio Junqueira Azevedo. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2000, p.07.

suprimir ou modificar, os aspectos que, face a bitolas determinadas, sejam considerados injustos.¹³¹

Extrai-se que o contrato embuído do princípio da boa-fé é um contrato em conformidade com os anseios sociais. Estabelece-se entre as partes uma relação contratual de cooperação e não de subordinação, como era na vigência do Estado liberal.

3. O princípio da função social

Trata também o princípio da função social de um conceito jurídico indeterminado, imbuído em vagueza semântica. Exige do aplicador do direito realizar mediações concretizadoras ao lado de operações integrativas e hermenêuticas, a fim de precisar seu conteúdo e dimensão ao caso concreto.

Os primeiros vestígios da função social talvez encontrem fundamento na tese do abuso do direito, a qual parte da premissa de que todo direito tem, como razão de ser uma função a desempenhar, motivo pelo qual o respectivo titular, ao exercê-lo, deve mostrar-se atento a tal função, nunca o exercendo de modo antifuncional. Se o fizer, cometerá abuso de direito, o que autorizará os tribunais a reprimi-lo.

Mário Júlio de Almeida Costa manifestando-se também sobre abuso de direito, baseado nos ditames do Código Civil Português, considera como ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico desse direito.¹³²

Assim, a função social diz respeito a um princípio fundamental da ordem jurídica.¹³³ O legislador, ao conceder direitos, não visa a estimular uma injustiça, pelo contrário, visa a um uso legítimo e regular dos direitos.

¹³¹ Cf. **Da boa-fé no direito civil**, 1984, p. 651-652.

A respeito das funções da boa-fé ver Massimo C. Bianca. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. **Rivista di Diritto Civile**, 1983, p. 209.

Ver também Teresa Negreiros. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 1998, p. 224.

¹³² Cf. **Direito das obrigações**, 1984, p. 51.

¹³³ Josserrand. **Derecho civil**, 1950. P. 103-4.

A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importante em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.¹³⁴

A compreensão do uso legítimo e regular dos direitos é objeto de oscilação, pois o sentido utilizado guarda correspondência com o contexto. Tomemos como exemplo, o sentido atribuído pelo Estado liberal e reproduzido pela codificação civil, o direito de propriedade. De acordo com o Código Civil (1916 - art.524), o direito de propriedade consiste em usar, gozar, dispor da coisa e de reavê-la de quem quer que injustamente a detenha. Sobre o direito de propriedade não recaía nenhuma limitação positiva, apenas a limitação negativa, ou seja, o Estado tutelava o direito de propriedade na sua expressão individualista, exigia do terceiro uma conduta de respeito/abstenção em relação à propriedade alheia e garantia conferida ao proprietário de dispor daquele direito como melhor lhe aprouvesse. Neste contexto liberal, incide o sentido de uso legítimo e regular dos direitos.

Com os influxos do Estado social, mediante os princípios sociais, institutos inteiros se viram abalados em sua cidadela, mediante a perda de seu caráter absoluto, em prol da relativização com a conseguinte subsunção do interesse individual ao social. E a propriedade não ficou imune deste ataque de socialização. Estava se delineando um novo cenário e um novo desenho de propriedade. Ao sentido liberal de propriedade se contrapõem os cânones sociais, incidente de ônus limitativo positivo (conteúdo), condicionando-a à realização de um fim social.

Essa mudança de paradigma repercute na essência do direito de propriedade, por conseguinte no sentido de liberdade econômica. A nova ordem jurídico-social redesenha o direito de propriedade com base nos princípios sociais, fazendo perder, paulatinamente, sua função principal de concentração de riqueza. Esta possibilidade aterrorizava a elite conservadora.

Bobbio, sucintamente, conseguiu materializar o porquê de tamanha resistência à funcionalização da propriedade.

¹³⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. A função social do contrato. **Estudos jurídicos**. 1986, p. 95.

vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aquele. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direito de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.

135

O princípio da função social da propriedade, no contexto contratual, deve ser compreendido denotando à propriedade o aspecto econômico. A propriedade fica sujeita à intervenção estatal no domínio econômico, em razão da prática do abuso do poder econômico.

O nosso ordenamento jurídico-constitucional distingue as duas formas de intervenção: na propriedade e no domínio econômico. Desde que o uso dos bens seja feito de maneira anti-social ou a atividade da empresa se realize com abuso do poder econômico, rendem ensejo à intervenção estatal na propriedade em si mesma, ou na atividade empresarial. Em qualquer caso, porém, o fundamento da intervenção há de ser o interesse público, e seu objetivo final, o bem estar social.¹³⁶

Nesse viés, a expressão capitalista do direito de propriedade foi atingida em seu epicentro. O direito de propriedade é atingido na sua expressão dinâmica que é a liberdade de iniciativa, sob o fundamento que a ordem econômica deve ser organizada segundo os princípio da justiça social, devendo o Poder Público regulá-la de modo que produza o melhor rendimento em benefício de todos.

¹³⁵ Cf. **A era dos direitos**, 1992, p. 16 e 22.

¹³⁶ Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**, 1995, 20.^a ed.

Com a transição do instituto jurídico fundamental da propriedade à seara constitucional, aditado à inserção do princípio da função social, a propriedade perde em definitivo sua feição individualista, atrelando-se ao atendimento de uma função social.

Assinale-se, todavia, que antes mesmo do princípio da função social ganhar força constitucional já era palco de reflexões doutrinárias. Como exemplo veja-se a manifestação de Orlando Gomes acerca dos efeitos do princípio na evolução do direito de propriedade.

Numa análise mais acurada da evolução do direito de propriedade, é possível extrair pelo menos quatro tendências, quais sejam: a da socialização, da nacionalização, da humanização e da democratização. O princípio da função social desenvolve-se dentro da tendência da humanização da propriedade. Surge e progride como reação frontal à concepção individualista da propriedade, consagrada em termos radicais nas codificações do século XIX. Não tem colorido socialista, porque não tende à abolição da propriedade privada senão o seu resguardo.¹³⁷

O atrelamento da propriedade ao princípio da função social ampliou o sentido de atividade econômica e, paradoxalmente, limitou o direito de iniciativa privada econômica. Essa mudança decorre da incidência dos princípios sociais voltados à garantia do equilíbrio da ordem econômica e da perquerição do macroprincípio da Justiça social.

O princípio da função social, sucintamente, consiste em normas restritivas incidentes ao exercício da atividade econômica privada, de modo a conformá-la aos interesses sociais.

O direito privado é objeto de uma grande transformação, ou quiçá revolução, migra de um pólo a outro, abandonando em definitivo o fundamento axiológico norteador das codificações liberais e filia-se ao contexto social, o qual tem em vista a realização e a tutela da dignidade da pessoa humana. Enxerga-se o movimento pendular da repersonalização e da despatrimonialização do direito privado.

¹³⁷ Cf. **Direitos reais**, 1ª ed., 1958, p. 126 e 136. Ver também na 12 ed. da obra, as opiniões do autor sobre a função social. 1997, p.107-112.

É sob esse cenário que o princípio da função social encontra fundamento para capitanear os novos rumos do direito privado.

O princípio da função social tem desdobramentos tanto na seara jurídica, como na seara econômica. Ínsita à idéia de função social é a perspectiva econômico-social, exigindo à consolidação de uma ordem jurídica pautada na justiça social.¹³⁸

No plano jurídico, sua incidência se revela mediante ônus ao conteúdo do direito de propriedade. No econômico, quando condiciona a livre iniciativa econômica aos ditames de uma ordem econômica solidária fundada na justiça social.

Verifica-se a funcionalização dos institutos de direito civil, nomeadamente, a dos contratos, ou seja, seus efeitos não mais repercutem na seara jurídica, extrapolam fronteiras e incidem nas áreas circunvizinhas.

Surge o conceito de função do direito, ou melhor, dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Significa isso que o reconhecimento e o exercício da autonomia privada na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade para todos. [...]

É precisamente com esse entendimento que o contrato pode e deve direcionar-se. A idéia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, iguais nos seus direitos, e distributiva, entre esses e o estado, aparece agora com nova dimensão, a justiça social que se insere em uma outra categoria, a justiça geral, que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, do que é exemplo a proteção ao contratante mais fraco nos contratos de massa ou de adesão. Surge então um novo limite à autonomia privada e ao contrato, que é a solidariedade social.¹³⁹

¹³⁸ A propósito ver Pietro Barcellona **Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla del progetto moderno**, 1998, p. 153. Segundo o autor função social exprime uma união entre poder e dever de agir no interesse do outro. É o instrumento para a realização de interesse coletivo externos, de interesse referível ao corpo social.

¹³⁹ Francisco Amaral. O contrato e sua função institucional. **Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra**, 1999/2000, p. 380.

A mudança de paradigma repercute no conteúdo clássico do princípio da autonomia privada. Somente ao arrepio da nova feição social que permeia os institutos jurídicos, o princípio clássico da autonomia permanece irretocável, do contrário exige conformação com processo evolutivo do direito.

O princípio da função social do contrato é factível, quando se verifica a ordem econômica assegurando a todos o exercício da atividade econômica, desde que atrelada aos ditames da justiça social. Indubitavelmente, esta manifestação rompe com o conteúdo e o sentido dos princípios contratuais clássicos.

A propósito da função social do contrato, muito interessante são as considerações de Jorge Mosset Iturraspe. Na visão acertada do autor, parte-se da consideração de que o contrato deve ser compreendido com dupla finalidade: a individual e a social. Esta se reportando à função social.

Esa función social deviene de su papel (contrato) como instrumento jurídico apto para satisfacer las necesidades del hombre: necesidades primarias, secundarias y de lujo.[...]

Es forzoso la necesidad de atender a la finalidad y economía del contrato.¹⁴⁰

O caráter rígido do efeito inter partes relativiza-se fazendo crescer a irradiação dos efeitos perante terceiros. A repercussão contratual ampliou-se, paralelo à limitação da liberdade contratual. Os meios e os fins do contrato precisam estar em harmonia, de modo a garantir efetivamente a participação igualitária das partes e assim realizar a justiça social e contratual.

O contrato, como operação econômica-social, traz ínsito o compromisso de jamais se afastar da intenção inicial pretendida pelas partes, tampouco do princípio da função social, sob pena de incidir na chamada teoria do abuso do direito.¹⁴¹

¹⁴⁰ Cf. **Interpretacion economia de los contratos**, 1994, p.80.

¹⁴¹ Jossierand. **Derecho civil**, 1950, p.103-4.

Diuturnamente, o livre exercício de qualquer atividade econômica é instrumentalizado através do contrato. Tendo este a função primeira de fazer circular a riqueza entre todos, de forma a assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social, não pode conter cláusulas restritivas ou que obstaculizem a realização dos interesses sociais, bem como cláusulas dificultosas à realização dos princípios sociais.

Talvez a mais relevante função do princípio em comento é a de limitador do princípio clássico da autonomia da vontade, enquanto materialização econômica, ou seja, o exercício individual da livre iniciativa encontra-se condicionado ao interesse social.

4.O princípio da equivalência material dos contratos

O princípio da equivalência material dos contratos tem em mira a preservação da igualdade material das partes e do equilíbrio dos poderes contratuais. Todo contrato exprime uma operação econômica e o princípio em apreço, mais que os outros, serve de moldura limitativa à pressão econômica do contratante mais forte, em relação ao contratante mais vulnerável da relação jurídica contratual. Não rende deferência à lógica anárquica do mais forte espoliando o mais fraco.

O mencionado princípio guarda intrínseca relação com a igualdade material. Enquanto, no Estado liberal, somente se reconhecia a igualdade formal, no Estado social, busca-se a igualdade material.¹⁴²

As partes não estão no mesmo plano, logo não podem ser tratadas como iguais. Elas são reconhecidamente desiguais e só com o reconhecimento desta premissa é que se pode falar em igualdade material, com reais possibilidades de acesso a todos. A igualdade material das partes conduzirá a equivalência material dos contratos. Em definitivo, acaba-se com a distorção de considerar igualmente os desiguais.

Dessarte, o princípio da equivalência material, ao contrário do que se verifica com o princípio da boa-fé, nomeadamente um princípio estritamente jurídico, tem um grau de

¹⁴² Para Barcellona a igualdade material é o princípio informativo de toda a normativa constitucional e através dele se faz o reconhecimento dos direitos sociais. Não é um princípio que elimina todas as diferenças, mas elimina as diferenças econômicas existentes entre as partes. Ver **Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla del progetto moderno**, 1998, p. 181.

absorção maior de elementos meta-jurídicos, em especial o econômico e num plano mais amplo o ético.

No mesmo sentido, encontramos suporte nos argumentos de Paulo Luiz Netto Lôbo.

O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standards valorativos, a equidade é entendida no sentido aristotélico da justiça do caso concreto.¹⁴³

Ao contrário do princípio clássico da obrigatoriedade, prevalece, no princípio da equivalência material dos contratos, o entendimento de que qualquer alteração imprevista na base inicial do negócio que provoque um desequilíbrio econômico da relação, deve ser objeto de revisão ou de modificação das cláusulas contratuais, de sorte a tentar preservar o contrato nos parâmetros iniciais das expectativas das partes.

Manter o contrato nos termos do pactuado, ignorando as macro alterações socioeconômicas é incompatível com as finalidades do Estado social.

Frente a estes fenómenos, el derecho moderno, haciendo uso de categorías o estándares generales, há desarrollado construcciones que permiten contrarrestar los efectos formalistas del sistema normativo legal, echando mano de los principios generales de la buena fe, el abuso del derecho, la equidad, el enriquecimiento sin causa etc. para la resolución de conflictos que han sido desbordados desde la óptica de la dogmática tradicional. [...]. Esto posibilita el control del Estado sobre el modo de solución de conflictos de intereses económicos, sin que ello signifique avasallamiento de la autonomía de la voluntad, sino simplemente mantener la lógica del sistema económico como manifiestamente equitativa.¹⁴⁴

¹⁴³ Cf. Princípio sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Revista de direito do consumidor**, 2002, p.193 e 194.

O princípio da equivalência material acaba desempenhando dúplice função: funcionaliza a finalidade econômica e social do contrato e induz à segurança jurídica e econômica, mediante a intervenção estatal, nas relações jurídicas privadas, de modo a manter a linearidade material entre as partes.

O signo do Estado social é garantir real oportunidade às partes, com base na justiça social e no princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, ressalta-se que, apesar da incompatibilidade de fundo entre os princípios sociais do contrato e os princípios clássicos do contrato, é pertinente concluir que estes não deixaram de existir.

Os princípios, como vimos, convivem mesmo diante de incompatibilidade. Eles têm maior ou menor aplicação, dependendo do contexto e dos valores consagrados na sociedade em determinado momento temporal. Dessarte, perante o Estado social, sofrem limitações, mas isto não implica ausência de vivacidade.

Na contramão da história, encontramos os conservadores que fecham os olhos à modernidade e insistem na permanência e na aplicação dos princípios clássicos tal e qual o eram no Estado liberal. Eles até podem ser suscitados, desde que analisados em correspondência e limitados aos princípios sociais do contrato.

Nesse sentido, o princípio da equivalência material mitigou o princípio clássico da autonomia da vontade e, imediatamente, a igualdade formal das partes envolvidas numa relação jurídica.

5 Os princípios sociais do contrato nas constituições brasileiras

Feitas as devidas considerações sobre os princípios que informaram o desenho contratual do Estado social, compreendendo-os no contexto da constitucionalização do direito civil, nada mais óbvio que fazer uma incursão no plano constitucional brasileiro para localizá-los.

¹⁴⁴ Celia Weingarten. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. **Revista de Direito do Consumidor**, 2001, p. 35.

A localização desses princípios na seara constitucional serve para ratificar a representatividade do fenômeno da constitucionalização na transformação do direito civil, de modo a condicioná-lo aos interesses sociais, ao bem-estar e à justa distribuição de riqueza, em contraposição ao individualismo jurídico patrimonial do Estado liberal. É a manifestação explícita da socialização do direito civil. Este fenômeno é o nosso ponto de partida, que serve de linha divisória entre o direito civil clássico e o direito civil moderno ou em conformidade com a Constituição.

O contrato, como instrumento econômico-jurídico por excelência, e como objeto das vicissitudes sociais, absorveu todos os influxos dessa transmutação. Sob este pretexto e partindo da premissa de que o Estado social se cristaliza na Constituição, insiste-se na perquirição daqueles princípios em sede constitucional. Por conseguinte iniciaremos uma incursão principiológica desde a Constituição de 1934 até o texto constitucional vigente.

O Estado social volta-se à construção de um novo paradigma de sociedade e como tal busca uma nova configuração para o contrato. Toda estrutura arquitetônica deste instituto jurídico foi alvo de evolução e, enquanto operação econômica, deve ser harmonizado com a realidade social, lastreado nos princípios sociais do contrato e no macroprincípio da dignidade da pessoa humana. É um contrato para além da perspectiva econômica, anunciando as alvíssaras dos novos princípios, almejando à realização da justiça e do bem comum.

O Código permaneceu o mesmo, mas a interpretação exigiu a conformidade dela com a Constituição a partir da exegese dos princípios contratuais sociais. Presenciou-se a reestruturação do direito privado, exigente de releitura com vistas à Constituição.

Analizando os princípios sociais do contrato em sede constitucional, chegaremos à conclusão de que, em nenhuma delas, houve a contemplação expressa dos

princípios da boa-fé e da equivalência material. No que tange ao princípio da função social, foi o único que ganhou dimensão explícita a partir da Constituição de 1967.¹⁴⁵

Partindo para o contexto da Constituição vigente há de se reconhecer o quanto ela é paradigmática em relação às anteriores, o mesmo vale na aferição dos princípios sociais do contrato. Não faz sentido uma interpretação constitucional restrita, até porque colidiria com a tese, anteriormente defendida, de enxergar a Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios. Abertura estendida, inclusive, à interpretação.

A Constituição é vista como carta de princípios, destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade balizados no reconhecimento da justiça como valor supremo de uma sociedade solidária, pluralista, democrática e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Fazendo-se uma rápida análise, poderíamos concluir que, na Constituição, se extrai a essência da boa-fé objetiva. Assim, é o posicionamento de Alberto do Amaral Júnior:

A propósito, o princípio da boa-fé objetiva foi acolhido implicitamente pelo art. 3º, Inciso I, da Constituição Federal ao determinar que a solidariedade social é um dos objetivos fundamentais do estado democrático de Direito. Logo, este objetivo não é compatível com o princípio da autonomia privada (CC art.81), sempre que esta propicie o arbítrio, cujo efeito é acarretar o desequilíbrio das posições contratuais.¹⁴⁶

Discordamos do autor com base nos seguintes argumentos: os valores fundamentais e os macroprincípios não informam apenas os princípios sociais do contrato, mas informam todo o ordenamento jurídico, encontrando-se no ápice da pirâmide normativa, logo, não podem ficar subsumidos à boa-fé objetiva.

¹⁴⁵ **Art. 160** “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III- função social da propriedade”.

Assim, perante a Constituição, o princípio da boa-fé é materializado propriamente no instante em que o exercício subjetivo da atividade econômica encontra-se condicionado ao atendimento de vários princípios.

Como dito alhures, a boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta, comporta limitações ao exercício dos direitos subjetivos. Não é um exercício que dependa exclusivamente da vontade de quem o exerça, pelo contrário, importa em um exercício que sofre limitações positivas em seu conteúdo; portanto, a conduta daquele que exerce atividade econômica encontra-se pautada ao atendimento de todos aqueles princípios.

Embora a conduta esperada recaia nos dois pólos da relação jurídica, há um ônus maior para aquele que exerce atividade econômica. Até porque antes mesmo da conclusão da relação jurídica contratual, já incide responsabilidade nos caso de descumprimento dos deveres conexos, corolários do princípio da boa-fé.

Quanto ao princípio da função social, embora contemplado na Constituição anterior (1967), mas somente na atual (1988) foi alçado à dimensão de direito e garantia fundamental, bem como, à condição de princípio limitador da atividade econômica.

Enquanto princípio limitador da atividade econômica deve ser compreendido na esfera contratual, ou seja, o contrato como operação econômica e gerador de riqueza fica adstrito ao atendimento de uma função social. Não por acaso a Constituição assegura a todos, o livre exercício de qualquer atividade econômica.

O efeito do contrato não se limita somente às partes envolvidas na relação, seus efeitos e repercussões são propagados na sociedade.

Por fim, o princípio da equivalência material dos contratos. Em sede constitucional, nunca ganhou explicitude, porém dada a tessitura aberta constitucional, o princípio se faz presente localizando-se no princípio da solidariedade. Nos mesmos moldes do princípio da boa-fé, os valores e macroprincípios antes referidos, informam não apenas os

¹⁴⁶ Cf. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**, 1993, p. 255.

princípios sociais do contrato, mas informam todo o ordenamento jurídico. Dessarte, o princípio da igualdade informa também o princípio contratual da equivalência material.

Quando a Constituição tem entre seus fundamentos a cidadania e por objetivos o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, já tem por premissa que a desigualdade material entre as pessoas torna necessária a intervenção estatal para subsidiar e equilibrar a relação.

O mesmo se verifica quando a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, ou seja, a lei garante a livre iniciativa e a reconhece como ínsita ao capitalismo. Todavia, já parte da premissa que este modelo econômico naturalmente cria situações de franca desigualdade econômica, cabendo então ao Estado garantir a igualdade material das partes contratantes.

Em suma, infere-se que os princípios sociais encontram fundamento na Constituição Federal e, desta forma imediata, eles se apresentarão em toda e qualquer legislação infraconstitucional, diante da preponderância do princípio da supremacia da Constituição.

Nenhuma outra Constituição brasileira, consagrou com tamanha vivacidade e veemência o Estado social, o que não deixa de ser um fato relevante, tendo em vista a ordem de compromissos sociais e econômicos previstos, enquanto em outros países já se anunciava a falência daquele modelo.

A Constituição enquanto constituição dirigente, consagrou os princípios informativos do Estado Social, comprometendo-se a concretizar o nosso “*Welfare State*”, o nosso Estado provedor. Em que pese a enorme fenda separando o plano jurídico do plano social, o almejado Estado Provedor se viu inadimplente e incapaz de honrar com os compromissos assumidos no seu projeto humanizador.

Não é crível imaginar um retrocesso no sistema de garantias sociais, conquistadas ao longo dos tempo. Dessarte, apesar das dívidas do Estado social com a sociedade, ele não está falido, nem tampouco foi substituído pela ideologia do Estado neoliberal. O estado atual é predominantemente regulador, e, até mesmo por essa razão, continua social.

CAPÍTULO VI

RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO

Sumário: 1. Elementos caracterizadores das relações de consumo. 2. A defesa do consumidor e a nova ordem social. 3. O direito do consumidor enquanto direito fundamental. 4. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.

1. Elementos caracterizadores das relações de consumo.

Conforme dito anteriormente, a defesa do consumidor é manifestação mais intensa da realização do Estado social. Se o princípio da solidariedade social, ícone do Estado social, é resplandecente nos contratos comuns, imagine a dimensão que alcança nas relações contratuais de consumo, as quais detêm uma série de peculiaridades.

Nas relações contratuais comuns parte-se da premissa que haja o exercício da autonomia privada, cabendo às partes discutirem as cláusulas contratuais. O mesmo não ocorre nos contratos de consumo, a autonomia privada praticamente inexistente, pois, em regra, prevalecem os contratos de adesão, ficando a vontade da parte adstrita a aderir ou não. Nas relações de consumo, já se tem como premissa a desigualdade das partes (consumidores e fornecedores).

À propósito, duas ordens de observações precisam ser feitas: a primeira recai na utilização do termo em regra, pois é fato que o contrato de adesão nas relações contratuais comuns; a segunda, é que o princípio da autonomia privada não pode ser mensurado à luz dos ditames clássicos, mas em conformidade com os princípios sociais do contrato.

Nos casos dos contratos de consumo, a incidência dos princípios sociais é de suma importância, pois, neste diapasão valorativo, propugna-se pela defesa do consumidor na acepção primeira de pessoa, ou seja, a tutela legal extrapola o interesse patrimonial econômico e incide no ser, na proteção do consumidor enquanto pessoa.

Adite-se o fato da defesa do consumidor integrar a categoria dos direitos dimensionados na cidadania, logo compensatório do Estado social. Como tal não pode ser dissociada dos princípios sociais do contrato, ou seja, boa-fé, função social e equivalência material, além do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. A proteção do consumidor é um direito que emerge diretamente da dimensão da cidadania e por extensão da ordem social. É completamente descabido a defesa do consumidor ser desvinculada do exercício da cidadania e no plano macro do princípio da dignidade da pessoa humana.

É um direito reconhecidamente importante para a sociedade, porque sua tutela não está adstrita às legislações específicas, pelo contrário, são inúmeras as leis infraconstitucionais que se reportam à defesa do consumidor, enquanto princípio limitador da atividade econômica.

Dessarte, o consumidor não pode ser visto apenas na acepção estrita, ou seja, como parte integrante de uma relação de consumo, mas sim na acepção ampla da realização da cidadania, contemplado no aparato da inclusão social e econômica ínsita ao Estado social.

2. A defesa do consumidor e a nova ordem social.

Inexoravelmente, entre nós, foi a partir da Constituição de 1988 que a defesa do consumidor ganhou posição de destaque. Antes da inserção constitucional, as atenções dispensadas ao consumidor eram objeto de leis esparsas. Entre vários exemplos, podem ser ressaltadas: a lei sobre crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), a lei que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo (Lei Delegada 4/62) e a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85).

As relações de consumo, até então, eram enfrentadas com certa parcimônia e sem uma proteção eficaz ao consumidor. Ficava a cargo da doutrina e da jurisprudência consolidar um trabalho para suprir esta lacuna legislativa, mas o grau de resistência sempre foi grande, dado o apego de alguns ferrenhos dogmáticos à lei.

A Constituição, em fina sintonia com os ditames do Estado social, comprometida em realizá-lo, bem como sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia voltar às costas a uma questão tão delicada quanto à defesa do consumidor, por conseguinte recepcionou-a. Primeiro na condição de direito fundamental e segundo como princípio limitador da ordem econômica.

Conforme o texto constitucional, os direitos e garantias individuais dispostos no art 5º estão protegidos de serem objetos de emenda constitucional. Infere-se daí a magnitude que a Constituição deu à defesa do consumidor.

O advento do Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo algumas funções, entre elas: a de suprir a lacuna legislativa mediante a consolidação de um regime jurídico próprio destinado às relações de consumo, concomitantemente trazer a segurança jurídica da lei; além de instrumentalizar a nova ordem definidora dos direitos sociais, enaltecendo a cidadania dos consumidores.

Outro dado que também enaltece a defesa do consumidor, capitaneada pelos princípios sociais, é tomá-la como norma de inclusão, em especial se contemplada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O conceito de consumidor não ficou adstrito ao preconizado no artigo da lei. Ela ampliou a dimensão da tutela, adotando para tanto a teoria maximalista, quer dizer, mesmo aqueles que participarem mediatamente da relação de consumo, os chamados consumidores-equiparados, serão tutelados pela lei.¹⁴⁷

Interessante é o posicionamento de Thierry Bourgoignie. Segundo o autor, o ato de consumo traduz com mais veemência e se aproxima da realidade da defesa do consumidor.

A noção de ato de consumo apresenta as vantagens de uma visão mais geral e mais flexível. O ato pode ser jurídico ou simplesmente material. O critério

¹⁴⁷ CDC – Art. 2º “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Art. 17. “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

adotado não é aquele do contrato de consumo. O critério do ato de consumo reforça a ambiguidade do conceito, ao suprimir toda referência às condições e às determinantes dos modos de consumo, não reconhecendo em sua aparente neutralidade, na situação econômica do consumidor, a sua especificidade e suas características.¹⁴⁸

De acordo com essas contribuições ratifica a tese de que muito mais que integrante de uma relação econômica contratual de consumo, a defesa do consumidor não pode perder de vista a proteção da pessoa. Dessarte a ampliação da tutela do consumidor, de alguma forma, serve para refrear a atividade econômica destituída de parâmetros e dos princípios sociais.

A teoria maximalista, por outro lado, encerra uma situação curiosa e propiciadora de paradoxo: uma pessoa pode estar à margem dos direitos essenciais básicos, mas em razão de um mero acaso poderá integrar uma relação de consumo e ser tutelada quer na condição de consumidora, quer na condição de equiparada.

Quer dizer, aquele mesmo Estado que está em déficit com os direitos sociais mínimos à existência digna de qualquer cidadão, por ocasião de uma relação de consumo, irá assegurar a cidadania, mediante a defesa do consumidor. Desta forma, mediante a tutela consumerista, haverá a definição da nova ordem de proteção dos direitos sociais e o recrudescimento da cidadania.

De alguma forma, o cidadão terá resgatado sua cidadania e, por decorrência, sua dignidade. É certo que entre não ter nada e ter algo, é melhor a segunda opção. Se o Estado social está em concordata com boa parte da população há de reconhecer a defesa do consumidor como instrumento de exercício da cidadania.

Quando nos reportamos à questão do dirigismo privado, enfocamos que esta espécie de dirigismo, por conta da usual inserção das cláusulas abusivas é contraproducente à defesa do consumidor. Os contratos de massa são padronizados e carregados de características

Art. 29. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

¹⁴⁸ Cf. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. **Revista de Direito do Consumidor**, 1993, p. 08.

em nada condizentes com o paradigma contratual clássico. Na sociedade de consumo os contratos são sobremaneira levados a efeito por intermédio da adesão às condições gerais, cuja particularidade são: a despersonalização, a predisposição prévia e unilateral das cláusulas, a ausência de consentimento das partes.

É uma configuração contratual destinada a atender às exigências do mercado, de maneira a atingir o maior contingente de pessoas em espaço de tempo reduzido. No desenho contratual de massa, não se leva em conta os interesses individuais. Nesse sentido, encontramos apoio nas contribuições de Eduardo Polo:

Es evidente que en el sistema de producción y distribución capitalista los intereses contractuales no constituyen intereses individuales, tal como son contemplados en el Código civil o en el de comercio, sino la manifestación aislada de intereses colectivos, de grupo y aun de clase social.¹⁴⁹

As leis consumeristas, a exemplo das dos países do Mercosul, de um modo geral, são informadas pelos princípios sociais, apresentam-se como diploma harmonizado aos interesses sociais e, portanto, aptas para manter o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

Ainda para ilustrar o papel fundamental da defesa do consumidor, no delineamento da novel ordem social, pautamo-nos na percuciente análise dos efeitos decorrentes da inclusão da figura do consumidor no Código Civil Alemão, feita por Cláudia Lima Marques. A conclusão da autora gira em torno dos resultados favoráveis assimilados pelo Código Civil Alemão em razão daquela inserção:

O direito do consumidor de elemento decodificador e especial, renasce como elemento unificador e harmonizador do Direito Privado, reforçando o Direito Civil geral, impregnando-o de valores sociais, de justiça distributiva e de tratamento desigual e pós-moderno aos sujeitos de direito, desiguais e importantes na estrutura da sociedade de massas atuais. Tudo sem quebrar o sistema e sim fazendo parte do sistema, adaptando-o às novas realidades

¹⁴⁹ Cf. **Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos**, 1990, p. 33

sociais e culturais. Os alemães tentam assim iniciair um direito civil geral e social.¹⁵⁰

Apesar do Código Civil de 2002 ter respeitado a esfera da competência material do Código de Defesa do Consumidor, é irrefutável sua aproximação com as linhas consumeristas na fundamentação da teoria contratual, em particular na inclusão dos princípios sociais do contrato.

O cenário globalizado e as constantes exigências mercadológicas de aprimoramento de tecnologias, tornando-as complexas, requintadas e rápidas, repercutem diretamente na atividade econômica do empresário, e, na mesma via, nos contratos peculiares à sociedade de massa.

A realidade demonstra que é preciso um arcabouço legislativo moderno e eficaz para fazer frente às peculiaridades e aos perigos das condições gerais dos contratos. Chama-se atenção ao designativo condições gerais do contrato e cláusulas contratuais gerais, embora haja uma tendência doutrinária em optar pela primeira expressão, sob o argumento de que ela materializa com mais veemência os efeitos da integração a cada contrato de adesão.¹⁵¹

3. O direito do consumidor enquanto direito fundamental

No plano internacional, praticamente inexistente Estado que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais nas suas Constituições, ou seja, direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional. Os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no tocante ao conteúdo, quanto no que diz respeito à titularidade, eficácia e efetivação.

A densificação do princípio da justiça social encontra-se diretamente correlacionado com a implementação dos direitos fundamentais. O direito do consumidor importa uma categoria de direitos fundamentais que, apesar de todas as dificuldades de realização, é notória, sua consolidação global.¹⁵² Perante a vigente Constituição, o princípio

¹⁵⁰ Cf. Código Civil Alemão muda para incluir a figura do consumidor – renasce o direito civil geral e social? **Revista de Direito do Consumidor**, 2001, p. 277.

¹⁵¹ A propósito ver Paulo Luiz Netto Lôbo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 32.

¹⁵² Ingo W. Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2001, p. 48.

foi insculpido à condição de princípio fundamental do sistema jurídico constitucional. Seguindo a senda constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, igualmente, deu o destaque merecido ao princípio.

Sendo a defesa do consumidor dotada do caráter da fundamentalidade, é por via direta protegida de qualquer proposta de emenda constitucional tendente à sua abolição, conforme se depreende do próprio texto constitucional.¹⁵³

Dessarte, a ilação pode ser expressa da seguinte maneira: a defesa do consumidor é um direito fundamental com assento constitucional, cuja tutela será aferida através das regras e princípios informativos do sistema normativo. A defesa do consumidor, enquanto direito fundamental, precisa ser entendida para além da relação de consumo *stricto sensu*, no sentido de tutela do indivíduo/pessoa particular inserido numa posição dentro do mercado, ou seja, do indivíduo enquanto titular de direito à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade nos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXII).¹⁵⁴

É nesse contexto relacional de consumidor /indivíduo que se pretende identificar os princípios fundamentais dos contratos de consumo. Em outras palavras, pretende-se contribuir com o debate mediante a proposta axiológica de uma novel noção de consumidor, à luz do conceito real da pessoa, sob a perspectiva do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Inserida numa dimensão axiológica, migra-se do conceito legal de consumidor, apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, para a proteção da dignidade da pessoa do consumidor nos moldes estabelecido pela Constituição. Não que o Código tenha se afastado dessa orientação constitucional, mas no sentido de enfatizar a solidificação de um sistema jurídico aberto e plural com a incidência crescente dos princípios fundamentais.

Nada obstante a reconhecida fundamentalidade do direito do consumidor e o dispositivo constitucional, consagrando a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a

¹⁵³ CF. Art 60 § 4º. “ Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

¹⁵⁴ Benedetto Croce et al. **Declarações de direitos**, 1988, p.51. Ver também Ricardo Lorenzetti. **Fundamentos do direito privado**, 1998, p. 156.

defesa do consumidor, enquanto política pública, fica à merce da implementação de uma série de ações, pois é destituída de poderes concretos para a sua efetivação.

Nesse sentido, encontramos as ponderações de Carlos Ferreira de Almeida, que embora fazendo referência à realidade da Comunidade Européia e da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa são perfeitamente transpostas à realidade brasileira:

Os direitos dos consumidores, não podem ser exercidos contra outras pessoas jurídicas, mas sim com o contributo dos poderes públicos, centrais ou locais.[...]

Constituem na condição de programa que são da atuação do Estado, responsável politicamente através dos seus órgãos pela sua efectiva realização.

Mas, sendo fonte de incumbência para as entidades públicas, não lhes correspondem direitos subjectivos, porque não conferem os poderes suficientes para a sua concretização imediata a favor dos titulares julgados dignos de protecção.

Os direitos dos consumidores, global e sinteticamente considerados, são portanto direitos para com os poderes públicos, para que estes legislem em certo sentido e, sendo órgãos executivos, favoreçam a criação de condições económico-sociais adequadas.¹⁵⁵

Apesar da intrínseca relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor, são poucos os julgados que buscam fundamento naquele macroprincípio para nortear as relações jurídicas contratuais de consumo.

Em pesquisa jurisprudencial específica, em um universo de inúmeros julgados, apenas um caso atendeu ao critério desejado, ou seja, à incidência do princípio da dignidade norteando a decisão em relação contratual de consumo. Diante da pertinência, passamos a sua descrição.

4.Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.

¹⁵⁵ Cf. **Os direitos dos consumidores**, 1982, p. 228.

Sobre o tema ver também Fábio Konder Comparato. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988.**Revista de Direito Mercantil**, 1990, p. 69.

TELESP. Telefônica. Abstenção de reajuste de tarifas telefônicas. Nulidade de cláusula contratual.

Prejuízos irreversíveis ao consumidor. Risco do empreendedor. Serviço essencial e impossível de ser descontinuado. Suspensão de aumento de tarifas. Emissão de novas contas. Multa.

AgIn – Voto nº 731 – 1º TACivSP – j. 25.06.99 – Rel. Juiz Luiz Antonio Rizzato Nunes.

O juiz relator iniciou seu raciocínio, utilizando-se dos princípios fundamentais da Lei nº 9.472/ 97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.¹⁵⁶

A título sugestivo, o douto julgador deveria, ainda, ter incluído o art. 5º da supracitada lei, na sua linha de raciocínio como forma de densificar a observância dos princípios constitucionais nas relações econômicas no setor de telecomunicações.¹⁵⁷ O relator, embora não se utilizando do supracitado artigo, todavia chegou ao ponto desejado:

Essa norma está em perfeita sintonia com os ditames constitucionais, que primeiramente garantem a intangibilidade da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a igualdade das pessoas estampadas no princípio da isonomia etc. e todos ligados aos princípios gerais da atividade econômica.[...]
É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro de todo o sistema constitucional.

¹⁵⁶ **Lei nº 9.472/ 97** Art. 2º “O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País”.

¹⁵⁷ **Art. 5º** “ Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

E este fundamente funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional.¹⁵⁸

Dada a pertinência da lei com a Constituição, o relator passou a informar seu raciocínio com base nos princípios constitucionais.

Incursionou, primeiramente, no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, seguido pelo princípio da isonomia, pelos princípios gerais da atividade econômica e, por fim, retornou à lei da ANATEL, perquerindo noutros aspectos de cunho mais específico, os quais não serão apreciados. Todo este conjunto normativo tem por fito subsidiar o trabalho hermenêutico no julgamento da demanda.

Após as considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o relator passou a analisar o princípio da isonomia. O relator parte da premissa que a Constituição deixou estabelecido certo grupo de pessoas e certos indivíduos reconhecidamente hipossuficientes, e neste rol, encontra-se o consumidor.

estas pessoas deveriam ser tratadas pelo intérprete, pelo aplicador e pelo legislador infraconstitucional, de maneira diferenciada, visando à busca de uma igualdade material.¹⁵⁹

O relator, dando continuidade à análise principiológica, detém-se nos princípios gerais da atividade econômica. Inicia lembrando a necessária e imprescindível harmonização entre os princípios contemplados pelo artigo 170 da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, adequando-os às diretrizes dos princípios informadores da Constituição, em particular com o princípio da dignidade da pessoa humana. Reitera que os princípios não se excluem, mas os demais princípios servem de limites na adequação dos fins. Como exemplo deste limite traz a livre iniciativa, que por sua vez tem uma contrapartida:

O fato da Constituição garantir a livre iniciativa não significa que sendo proprietário, qualquer um pode ir ao mercado de consumo praticar a

¹⁵⁸ 1º TACivSP – Ag.In. j. 25/06/1999. Rel. Juiz Luiz Antonio Rizzato Nunes.

¹⁵⁹ Idem.

iniciativa privada sem qualquer preocupação de ordem ética no sentido de responsabilidade social [...].

O mercado é uma ficção econômica, mas também, é uma realidade concreta.. Ele pertence à sociedade. Não é da propriedade, posse ou uso de ninguém em particular e também não é de nenhum grupo específico. A existência do mercado é confirmada por sua exploração diuturna concreta e histórica. Mas essa exploração não pode ser tal que possa prejudicar o próprio mercado ou a sociedade.

O mercado é composto, como se sabe, não só pelos empreendedores da atividade econômica, mas, também, pelos consumidores. Não existe mercado sem consumidor.

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regradados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designado que o empreendedor tem que oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem que oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. E essa ilação decorre do sentido de livre concorrência[...].

O outro aspecto fundamental para o entendimento de direito material do consumidor é o princípio que se extrai da harmonização dos demais princípios do art. 170 na relação com os outros mais relevantes (dignidade da pessoa humana, isonomia, vida sadia, justiça etc.). É o risco da atividade do empreendedor.¹⁶⁰

Após essa percuciente análise dos princípios gerais da atividade econômica, ressaltando-se as devidas imbricações existentes entre os princípios, o relator se debruçou em esclarecer alguns aspectos mais específicos da lei (que não nos cabe analisar) para finalmente decidir a demanda.

Por fim, entendeu ser caso de concessão de liminar e em consequência suspender todo e qualquer aumento praticado pela TELESP, bem como consignar que nenhum

¹⁶⁰ **Idem.**

consumidor está obrigado a pagar qualquer aumento relativo a prestação de serviço. Na hipótese de emissão de contas com novos valores, que estas sejam canceladas de imediato, sob pena de incidência de multa diária pelo descumprimento dessa decisão.

Todo o trabalho hermenêutico realizado pelo relator foi baseado nos princípios. Inegavelmente, uma decisão fundada em princípios é um caminho tortuoso, se comparado com a simples aplicação da lei, todavia o resultado revela a grandeza e o universo surpreendidos naqueles caminhos.

Sobremaneira o acórdão deu um colorido ao papel da jurisprudência no desafio destas questões que nos convidam a revisitar categorias e respondê-las satisfatoriamente. Trata-se de uma jurisprudência responsável e moralmente aceitável.

CAPÍTULO VII

OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Sumário: 1. A natureza principiológica do Código de Defesa do Consumidor. 2 O princípio da boa fé no Código de Defesa do Consumidor. 3. O princípio da função social no Código de Defesa do Consumidor. 4. A defesa do consumidor como princípio delimitador da atividade econômica. 5. A livre iniciativa econômica. 6. A (des)primorosa linearidade principiológica. 7. O princípio da equivalência material dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.

1. A natureza principiológica do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor representa o grande divisor de águas dos contratos de consumo. Os pilares sobre os quais foi consolidado guardam correspondência com os desígnios sociais, sua textura de subsistema normativo aberto torna-o um diploma jurídico moderno e eficaz para fazer frente às peculiaridades e aos perigos manifestos das condições gerais dos contratos.

Entenda-se por subsistema o fato do Código de Defesa do Consumidor decorrer diretamente da Constituição. E normativamente aberto, porque é formado por regras e princípios, os quais não se esgotam no âmbito do Código.¹⁶¹ A natureza aberta também encontra consonância com a Constituição (art 5º, § 2º).

Dessa forma, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, encontramos os princípios contratuais do Estado social e os princípios contratuais específicos das relações de consumo. Atentando sempre para a natureza aberta do Código que permite a recepção de outros princípios.

Não obstante essa possibilidade, nossa abordagem ficará circunscrita à presença dos princípios sociais da boa-fé, da função social e da equivalência material no Código de Defesa do Consumidor por considerá-los finalísticos, ou seja, somos da opinião de que os conteúdos desses princípios absorvem todas as outras manifestações principiológicas incidentais.

Quando nos reportamos aos princípios sociais do contrato, temos como premissa que foram eles os responsáveis pela transformação do arquétipo contratual, cujo substrato encontra-se no princípio da solidariedade social peculiar ao Estado social.

Ao lado dos princípios sociais dos contratos, encontram-se os princípios específicos das relações de consumo, informando o Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶¹ CDC – art. 7º “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Os princípios sociais do contrato, insertos na Constituição, informam não somente as relações contratuais de consumo, como toda e qualquer relação contratual. Ao passo que os princípios específicos ou sub-princípios se revelam com mais veemência nas relações contratuais de consumo.

Estamos tratando como princípios específicos ou sub-princípios das relações de consumo para não gerar confusão com os princípios sociais do contrato, ou seja, a alusão a sub-princípio é porque consideramos que estes se projetam e se materializam a partir dos princípios sociais do contrato.

Dessarte, consideramos como princípios específicos ou sub-princípios dos contratos de consumo os princípios da vulnerabilidade do consumidor, da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e o da informação, os quais, por sua vez, são projeções dos princípios sociais dos contratos.

O Código de Defesa do Consumidor não primou em estabelecer a diferença entre princípios sociais dos contratos e princípios específicos dos contratos. Este primou pela conservação da vagueza semântica, do trabalho hermenêutico do intérprete, para o preenchimento do conteúdo dos princípios e manteve a imbricação que lhes é peculiar.

2.O princípio da boa fé no Código de Defesa do Consumidor

Retomando a afirmativa que alhures foi feita, o princípio da boa-fé somente se realiza na exata medida da realização do princípio da equivalência material. Este é um fato revelador de duas implicações: demonstra a relação intrínseca entre os princípios e demonstra que todas as referências ao princípio da boa-fé, insertas no Código de Defesa do Consumidor, são acompanhadas do princípio da equivalência material. Torna claro que o princípio da boa-fé não se realiza na ambiência dos princípios clássicos dos contratos.

Como vimos, ante uma relação de consumo, parte-se do pressuposto de que as partes, durante o curso do contrato, ajam com lealdade, mas esse comportamento não fica adstrito à conclusão e execução do contrato, ele também norteia a fase das negociações prévias, das tratativas e o dever de informar se insere dentro desse contexto.

O conceito de consumidor atribuído pelo Código de Defesa do Consumidor, contemplou a hipótese do chamado consumidor potencial; é a chamada relação jurídica ampla de consumo, a qual dispensa a efetiva conclusão de um contrato de consumo. A oferta é uma constante nos contratos de consumo, não é dirigida a nenhum consumidor específico, mas a qualquer um indistintamente.

Nem sempre o consumidor, naquele momento, precisa adquirir aquele produto ou serviço, mas se deixa levar pelo poder de persuasão, pelos atrativos e vantagens dos produtos/serviços que lhes são apresentados e, como o intuito do fornecedor é a indução do consumo, vale-se do ambiente e das técnicas propícias à prática do ato. Por esta razão, a lei já imputa responsabilidade pré-contratual ao fornecedor quando este não cumpre com seu dever de informar, ainda que a relação contratual não tenha se materializado. Pois, a ausência do dever de informar caracteriza a violação do princípio da boa-fé objetiva.

3. O princípio da função social no Código de Defesa do Consumidor

O princípio da função social é o único dos princípios sociais do contrato que aparece de forma implícita no Código de Defesa do Consumidor, mas nem por isso implica demérito, pelo contrário, importa em princípio que perpassa toda a lei consumerista. Em verdade, pode dizer-se que o Código, em cada uma de suas normas, é a expressão mesma da função social do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, entre outras prerrogativas, realiza o Estado social. É uma lei de inclusão; sua tutela e incidência ricocheteia em toda sociedade. Apresenta-se como elo de harmonização entre a sociedade e o Direito, enaltecendo sobremaneira a cidadania e, por via direta, o interesse social. Esse intuíto é suficiente para divisar coloridamente o princípio da função social e sua repercussão no Código de Defesa do Consumidor.

Ao contrário do que ocorre nas relações contratuais comuns, a liberdade de contratar não encontra eco nas relações contratuais de consumo; por conseguinte, a revelação do princípio da função social se verifica distintamente se disser respeito ao Código Civil ou ao Código de Defesa do Consumo. Enquanto naquele o princípio se revela a partir da limitação

positiva imposta à liberdade de contratar, neste, a revelação se dará mediante o condicionamento da livre iniciativa à defesa do consumidor.

Dessarte, o princípio da função social pode ser compreendido em duas vertentes: em sentido amplo e em sentido *stricto*. Aquela tem por base a Constituição, nomeadamente, nas disposições referentes à ordem econômica. E nesta, vislumbra-se o princípio a partir do Código de Defesa do Consumidor, o qual nos mesmos moldes da Constituição, tem caráter promocional e é uma legislação de inclusão. É através das suas normas que ele regula as atividades econômicas, oriundas de uma relação de consumo, firmada entre consumidores e fornecedores.

Perante a lei consumerista, tem-se a dimensão do princípio da função social, vislumbrando-se o consumidor como parte integrante do processo democrático na condição de agente atuante da ordem social, que contribui para a realização da Justiça Social.

Ademais, a política nacional de relações de consumo tem por finalidade aferir o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. Isto é, não é uma lei seccionada, divisível, destinada à proteção do consumidor enquanto pólo de relação econômica, mas uma lei que se propõe a proteger o consumidor enquanto pessoa. Adicione-se a isso o previsto no artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, o qual visa a tornar exequível os princípios fundantes da ordem econômica com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

Quer dizer, o princípio da função social, no Código de Defesa do Consumidor, não foge à regra constitucional quando busca a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico.

Assim, para evitar repetições desnecessárias tem-se que o palco privilegiado da investigação do princípio da função social nos contratos de consumo é o da Constituição. Conforme se depreende do mandamento constitucional, a defesa do consumidor é um princípio limitador da ordem econômica, que por sua vez também encontra-se condicionada ao atendimento da função social da propriedade.

Nesse contexto, os contratos, particularmente, os de consumo, devem possuir uma boa dose de funcionalidade. A tríade livre iniciativa econômica, defesa do consumidor e circulação de riqueza só faz sentido se imiscuída na senda da função social com vistas à Justiça Social.

Quer dizer, o princípio da função social é factível quando a ordem econômica assegura a todos o exercício da atividade econômica, desde que conforme os ditames da justiça social.

A livre iniciativa como fundamento da ordem econômica é postulado do sistema de economia de mercado. Apesar da tutela legal, o nosso sistema normativo constitucional coíbe o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.¹⁶²

Se de um lado há o estímulo à livre iniciativa, de outro há a intervenção estatal. E é esta equação que constitui o problema central da organização jurídica das relações econômicas¹⁶³ no Estado Democrático e Social de Direito.

Tudo o que acabou de ser expresso consiste na tradução conjunta do sentido atribuído aos princípios da função social da propriedade, da livre concorrência e defesa do consumidor, enquanto princípios gerais da atividade econômica. Para se compreender a dimensão condicionante destes princípios é mister analisá-los conjuntamente, pois o exercício da livre iniciativa somente é possível se todos eles forem atendidos. Ordem econômica vinculada a função social significa dizer que, sobre a livre iniciativa econômica incide a limitação positiva da função social .

Ressalte-se ainda, o princípio da livre concorrência como instrumento benéfico ao consumidor. Numa economia de mercado, a concorrência enseja a “guerra benéfica” entre as empresas, dando-lhes oportunidade de ingressarem no mercado e otimizarem seus produtos e serviços. Na outra ponta, ganha o cidadão, enquanto consumidor, pois a ele é conferido um leque de opções no momento da escolha deste ou daquele produto/ serviço.

¹⁶² CF art. 173§ 4º.

¹⁶³ A respeito ver Pietro Barcellona. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. 1995, p. 367.

A lei garante a livre iniciativa, porém comprometida com os princípios sociais e sujeita à imposição de responsabilidade a quem atue obstaculizando a defesa do consumidor e a livre concorrência.

A confluência e a harmonização das diversas legislações, fundadas na Constituição, girando em torno da defesa do consumidor, deixa claro o quanto a matéria ocupa espaço no cenário jurídico. A título ilustrativo, vários institutos previstos no Código de Defesa do Consumidor foram apropriados na Legislação de Defesa da Concorrência, a exemplo da responsabilidade da empresa e da responsabilidade individual de seus dirigentes, da solidariedade, da desconsideração da personalidade jurídica.

4. A defesa do consumidor como princípio delimitador da atividade econômica.

A atividade econômica, tutelada em sede constitucional, é aquela voltada ao exercício da livre iniciativa com observância dos princípios delimitadores e conformadores. Noutros termos, implica dizer que qualquer atividade econômica deve ser compreendida a partir da conformação de todos os princípios gerais e perspectivada na dimensão realizadora da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Na perspectiva constitucional, a defesa do consumidor é atribuída dúplice função. Em uma, aparece como direito fundamental; em outra, como princípio condicionante da atividade econômica.

Se a defesa do consumidor serve de plus à defesa do indivíduo em sua cidadania, se há uma exigência de privilegiar a justiça social em detrimento do individualismo, se a atividade econômica é uma demonstração cabal da liberdade individual, é mister uma ponderação de valores, de forma a equacionar os interesses mediante a conformação da atividade econômica aos princípios gerais. Sob esse enfoque, a defesa do consumidor surge na condição de princípio limitador da atividade econômica.

A garantia legal da livre iniciativa destina-se ao homem empreendedor, ao empresário. Aquele que vai organizar atividade produtiva, desde que observados os limites legais. A livre iniciativa na seara dos contratos, importa a atividade desempenhada pelo fornecedor. Trazendo esta linha de pensamento à esfera dos contratos de consumo, tem-se o seguinte: a Constituição privilegiou a defesa do consumidor e na mesma senda limitou a liberdade econômica sob os auspícios da justiça social.

Se o fornecedor é um empreendedor, por natureza, no exercício da livre iniciativa, é mais do que lógico que a defesa do consumidor tenha sido inserida no rol dos princípios gerais conformadores da atividade econômica. É exatamente neste aspecto que vem à tona o entrelaçamento entre a defesa do consumidor e a atividade econômica. O primeiro passo é tomar emprestado o conceito utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor à figura jurídica do fornecedor.¹⁶⁴

O que são essas práticas descritas, senão o exercício de uma atividade econômica? Logo, não faz sentido compreender a figura jurídica do fornecedor destituída da do empreendedor. Extrai-se ainda que a defesa do consumidor funciona como um norte da atividade econômica, seja ela pública ou privada.

Adiante-se que a livre iniciativa prevista na Constituição em nada corresponde à liberdade de contratar, tão cara ao princípio da autonomia privada. Todavia, antes de demonstrar a diferença existente entre uma situação e outra, nos reportaremos à compreensão da livre iniciativa.

5. A livre iniciativa econômica

A título meramente ilustrativo, ressaltamos uma questão recorrente na doutrina referente à atribuição de sinonímia entre livre iniciativa, liberdade econômica ou iniciativa econômica privada.

¹⁶⁴ CDC – Art. 3º “ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Como partidário da opinião oposta, Eros Grau se posiciona afirmando que esta sinonímia é alcançada por uma interpretação restritiva. Segundo ele, a liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica, cujo principal expoente é a empresa, é uma das várias faces da livre iniciativa.¹⁶⁵ Assim, a empresa surge como manifestação latente da livre iniciativa, devendo ser compreendida como a atividade econômica organizada dos fatores de produção para a circulação de bens e prestação de serviços no mercado.

A empresa, além de ser o principal expoente da livre iniciativa, detém um conteúdo social, pois é devedora da segurança econômica, da estabilidade no emprego, da promoção coletiva e individual dos homens, do bem-estar de todos aqueles que dependem diretamente dela. Por possuir um propósito social, não é voltada apenas ao lucro, isto é, sua função promocional leva-a a assumir compromissos sociais.

Como o problema da terminologia não representa uma complicação, passemos ao mérito da questão. A Constituição forçou a releitura da livre iniciativa, impondo a utilização do paradigma assentado na realidade social, funcionalizado como direito fundamental de natureza econômica, social e cultural.

Com o implemento desse caráter pluralizante incorporado à livre iniciativa, sua interpretação deve pautar-se nos princípios constitucionais.

A livre iniciativa, além de servir de base para a ordem econômica, constitui-se como princípio fundamental, mas não concorre e nem entra em colisão com os princípios estruturantes norteadores da Constituição, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

A livre iniciativa deve ser aferida em sintonia com os outros princípios gerais da atividade econômica, bem como com os princípios informadores do ordenamento jurídico, ou seja, com aqueles não concorre e nem entra em colisão. Portanto, significa dizer que a interpretação de qualquer princípio deve ser compreendida a partir de um todo, como parte integrante de um conjunto principiológico.

¹⁶⁵ Cf. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 2000, p. 237.

Os princípios e normas constitucionais têm que ser interpretados de forma harmônica, ou seja, é necessário definir parâmetros para que não exclua o outro, mas simultaneamente não se auto-excluam. Isso, todavia não impede que um princípio ou norma limite a abrangência de outro princípio ou norma.¹⁶⁶

Na mesma medida em que a Constituição enaltece a livre iniciativa, também enseja contenções, funcionalizações.¹⁶⁷ O Estado assume a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica.¹⁶⁸

O texto constitucional deixa claro sua intenção, pois na mesma intensidade que incentiva a livre iniciativa, expõe sua natureza promocional, sua dimensão protetora, cujo fito é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Noutros termos, é uma liberdade relativizada, materializada em seus mecanismos para tornar eficazes os ditames da justiça social.

A situação não deixa de ser paradoxal. Apesar da onda laudatória da globalização, das pressões dos grandes grupos econômicos conclamando a liberdade do mercado, por outro lado observamos o reclamo social para um controle legislativo minucioso da livre iniciativa. O problema não recai somente na livre iniciativa balizada pela liberdade de mercado, mas também na questão da imposição unilateral de interesses dos economicamente poderosos em detrimento dos contratantes débeis.

A presença de leis regulando esta situação é crucial para a sociedade e em especial à defesa do consumidor. Nesses termos, encontramos arrimo nas palavras de Hans-Joachim Musielak:

A sensibilidade da sociedade moderna em relação ao abuso do poderio econômico, cresceu consideravelmente e, em consequência, o Estado Social moderno encontra, neste domínio, uma tarefa importante, cuja execução

¹⁶⁶ 1º TACivSP – AgIn – j. 25.06.99 – Rel. Juiz Luiz Antonio Rizzato Nunes.

¹⁶⁷ CF Art. 173 §4º “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

¹⁶⁸ CF Art. art. 174 “ Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

levou a crescente número de leis. Esta evolução contribuiu em não pequena medida em limitar a liberdade contratual.¹⁶⁹

No mesmo sentido, a orientação do Decreto-Lei português (Decreto-Lei nº 446/85), ao propugnar pela criação de instrumentos legislativos apropriados ao tratamento das condições gerais reconduzindo-se à observância dos imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder econômico e de defesa do consumidor.

Assim também as palavras de José Afonso da Silva:

a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trata de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.¹⁷⁰

Ratifica-se mais uma vez a tese de que as normas constitucionais pautam-se sob a ótica da integração, exigindo a interpretação constitucional de forma pluralizada, dotada de conteúdos abertos que permitem concreção pela mediação do aplicador, tornando o sistema mais flexível e adaptado às mudanças.

Após as considerações sobre livre iniciativa, é chegado o momento de enfrentar uma questão suscitante de controvérsias entre os operadores do direito, qual seja: a livre iniciativa, nos moldes constitucionais, importa sinonímia da liberdade de contratar, tão cara ao princípio da autonomia privada?

6. A (des)primorosa linearidade principiológica

¹⁶⁹ Cf. A inserção de terceiros no domínio de proteção contratual. **Contratos**: Actualidade e evolução, 1997, p. 286.

¹⁷⁰ Cf. **Curso de direito constitucional positivo**, 1993, p. 668.

Prevalece o entendimento na doutrina de que há uma primorosa linearidade entre o princípio da liberdade de contratar e o princípio da livre iniciativa. Inegavelmente, a linha divisória é tênue, mas nem por isso dispensa uma investigação pormenorizada das várias nuances incidentes sobre a questão.

Para tanto, no intuito de firmamos convencimento da desprimorosa linearidade, no sentido de que ambos possuem espaço de atuação e colorido próprios, demonstraremos as duas posições. A fim de dar um cunho mais sistemático, iniciaremos com a corrente tradicional, conforme abaixo:

A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que é de certa forma uma decorrência deste. O seu exercício envolve uma liberdade de mercado[...]. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender.¹⁷¹

A livre iniciativa não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. [...] o direito de livre empresa, pertinente tanto à opção pelo fim econômico visado como à sua organização, sendo a forma de retribuição dos serviços livremente eleita pelos interessados. [...]

A liberdade de contratar – ou, mais amplamente, a liberdade negocial – está constitucionalmente assegurada, mesmo porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático da ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de atividade, em livre competição com os demais.¹⁷²

¹⁷¹ Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra Martins. **Comentários à constituição do Brasil**, 1990, p. 16.

O que nos chama atenção nas referidas citações são as gotas de essência patrimonialista liberal que as carregam. Na primeira, o autor deixa entrever a liberdade de iniciativa como corolário natural da propriedade livre, restando apregoado o princípio da autonomia privada e por derivação a liberdade de contratar.

Na segunda, Miguel Reale respalda sua opinião na moldura constitucional e enxerga a liberdade de contratar insertada na Lei Maior. Todavia, consideramos que a roupagem ficou disforme e, assim nos posicionamos contrariamente ao autor.

Por três razões: a primeira, já explicitada acima, ou seja, não defendemos a sinonímia entre liberdade de contratar e livre iniciativa; a segunda também diz respeito ao fato de não encontrar sinonímia entre liberdade de contratar e autonomia privada e por fim, não visualizamos a liberdade de contratar em sede constitucional.

Em sentido contrário, o Conselho Constitucional francês, em decisão de 03 de agosto de 1994, afirmou que: nenhuma norma de valor constitucional garante o princípio da liberdade constitucional, que não se confundiria com a livre iniciativa.¹⁷³

Na mesma linha, a contribuição de Ana Prata. Para quem:

A autonomia negocial qualifica actos jurídicos individualizados, enquanto a liberdade de iniciativa econômica diz respeito a uma actividade que se desenvolve numa série de < actos e de operações orientados para um resultado final unitário, uns de natureza material, outros de natureza jurídica, e entre estes também actos de autonomia negocial.¹⁷⁴

O último argumento é pautado em Ballesteros, para quem a liberdade econômica, cujo fundamento é a liberdade do indivíduo de tentar perseguir o máximo lucro possível, é uma das maneiras de manifestação deste princípio, mas não é o único.¹⁷⁵ Ressalte-se que esta chamada é meramente ilustrativa, tendo em vista que já foi objeto de explanação, por ocasião do tratamento dispensado ao princípio da autonomia privada.

¹⁷² Miguel Reale. **Questões de direito privado**, 1997, p. 95.

¹⁷³ Cf. **Le renouvellement des sources du droit des obligations**. 1997, p. 72-77.

¹⁷⁴ Cf. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 199.

¹⁷⁵ Cf. **Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad**, 1999, p. 199.

E para encerrar a ordem argumentativa, mais uma vez nos valem os ensinamentos de Ana Prata:

garantindo a Constituição a existência de um sector privado na economia – embora com as restrições que, quer do interior, quer do exterior, o conformam – tal garantia não é suficiente para se falar num princípio constitucionalmente tutelador da autonomia privada.¹⁷⁶

Ressaltamos ainda as contribuições de Barcellona acerca da Constituição italiana. Segundo o autor, a Constituição não se ocupa da autonomia privada, mas da iniciativa econômica, até porque esse conceito é mais amplo que aquele.¹⁷⁷

Há de se ter em mente a distinção entre ato e atividade e a estreita correlação destes com aquelas hipóteses. Enquanto a liberdade de contratar está para o ato, a livre iniciativa está para a atividade. A Constituição assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, desde que condicionada ao atendimento dos princípios da ordem econômica. O dispositivo constitucional sobre livre iniciativa deve ser interpretado de maneira restrita e não ampla.

O livre exercício é voltado somente àqueles que exercem uma atividade econômica. Destina-se ao homem empreendedor, ao empresário, aquele que vai organizar livremente a sua atividade produtiva e não àqueles que praticam atos isolados, como os contratos firmados no dia-a-dia dos particulares, onde há o espaço para transacionar a celebração do contrato, a liberdade de escolher o outro contratante e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Enfatiza-se a fluidez de contratos firmados entre particulares ao lado dos contratos de consumo.

Contrato é ato jurídico isolado que não se confunde com atividade ou com o conjunto de atos característicos de uma atividade própria da livre iniciativa. O contrato celebrado entre duas pessoas individuais, por exemplo, o empréstimo de um objeto, é

¹⁷⁶ **Idem**, p. 200.

¹⁷⁷ Cf. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**, 1995, p. 311.

contrato, mas não é atividade econômica. Conseqüentemente, atos isolados não se enquadram no conceito de atividade econômica tutelada pela Constituição.

A livre iniciativa, como atividade empresarial, possui conteúdo social. É devedora da segurança econômica, da estabilidade no emprego daqueles que vendem sua força de trabalho ao proprietário dos bens de produção, da promoção coletiva e individual dos trabalhadores e do bem-estar de todos que dela dependem diretamente ou indiretamente.

Estabelecida a distinção entre os princípios, fica claro que a Constituição em momento algum alberga a tutela do princípio da autonomia privada, ou da liberdade de contratar. Alberga somente o princípio da livre iniciativa com um foco interpretativo restrito aos que exercem atividade econômica e não aos que realizam ato isolado.

7. O princípio da equivalência material dos contratos no Código de Defesa do Consumidor

O conteúdo do princípio da equivalência material dos contratos, no Código de Defesa do Consumidor, não difere do abordado no capítulo anterior, quando da análise dos princípios contratuais do Estado social. O que mudará é a perspectiva de enfoque. Enquanto naquele foi dado um tratamento genérico, aqui recairá na incidência das relações de consumo.

A finalidade da lei é o reconhecimento da situação jurídica de desigualdade das partes quanto aos poderes contratuais. O Código de Defesa do Consumidor, ao absorver este dado real, construindo seu arquétipo normativo a partir dele, varreu em definitivo todos os vestígios, porventura existentes, da falaciosa igualdade formal das partes.

Ao longo da lei consumerista, observa-se a presença de algumas disposições designativas da materialização do princípio da equivalência material dos contratos. São elas: igualdade das partes, equilíbrio nas relações, equilíbrio contratual, justo equilíbrio entre direitos e obrigações.

Salienta-se, que a materialização do princípio da equivalência material dos contratos, no Código de Defesa do Consumidor, se imiscui com outros dispositivos do Código. São elas: o direito do consumidor à modificação das cláusulas contratuais, a inversão

do ônus da prova, a interpretação mais favorável ao consumidor e a imposição da nulidade de pleno direito às cláusulas abusivas. Repare-se que em todas essas hipóteses a finalidade é restaurar o equilíbrio da relação contratual.

Quando o Código de Defesa do Consumidor, reconhece como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”,¹⁷⁸ deixa entrever que dada a vulnerabilidade do consumidor, a finalidade da relação de consumo é preservar o equilíbrio contratual, do contrário, a preservação de um contrato balizado por um inegável desequilíbrio contratual rompe a base objetiva do contrato e traz prejuízos reais aos consumidores.

Os dispositivos legais relativos à inversão do ônus da prova¹⁷⁹ e da interpretação mais favorável ao consumidor¹⁸⁰ possuem o mesmo fundamento do item anterior, ou seja, o subprincípio da vulnerabilidade. Seria, no mínimo, um contra-senso da lei consumerista reconhecer a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor e, mesmo assim, impor àquele óbices na perquirição de seus direitos. Se a lei reconhece a vulnerabilidade do consumidor e o Estado-juiz intervém para garantir a preservação do equilíbrio contratual entre as partes, como decorrência lógica, realiza o princípio social da equivalência material dos contratos.

Por fim, a correlação das cláusulas abusivas com o princípio social da equivalência material dos contratos. O Código de Defesa do Consumidor, na condição de guardião dos princípios fundamentais do sistema jurídico, fulminou de nulidade de pleno direito as cláusulas abusivas. Indo mais além, ao inserir a expressão “entre outras” no rol das cláusulas abusivas, em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor optou pelo tipo aberto, exemplificativo, permitindo assim que o elenco das cláusulas abusivas seja sempre revisto.

¹⁷⁸ CDC- Art. 6º, V

¹⁷⁹ CDC – Art. 6º, VIII – “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”

¹⁸⁰ CDC – Art. 47-“ As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Nos apropriando das contribuições de Louis Josserand e transportando-as para a defesa do consumidor, é factível compreender o fundamento da nulidade das cláusulas abusivas como restrições especiais estabelecidas no interesse da coletividade.¹⁸¹

Esmiuçando a essência das cláusulas abusivas percebe-se a aferição de vantagem econômica do fornecedor em detrimento do consumidor. Todas as tentativas de restringir o ônus do fornecedor têm como pano de fundo a busca incessante do lucro sem a correspondente despesa.

É patente na lei consumerista a escolha pela manutenção do contrato, desde que o equilíbrio entre as partes reste garantido. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, salvo quando de sua ausência, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.¹⁸²

Interessante observar que nesse caso específico, a lei priorizou o subprincípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, quer dizer, embora a regra corrente seja do fornecedor ser beneficiado com a inserção das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, mas neste caso houve a preocupação de assegurar o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

O fato do Código de Defesa do Consumidor ter como premissa básica a vulnerabilidade do consumidor, não implica que o fornecedor deixou de ser tutelado. Principalmente, naqueles casos onde restem configuradas a conduta do consumidor dissociada das exigências do princípio da boa-fé e nas hipóteses de culpa exclusiva.¹⁸³

A razão de ser do princípio da equivalência material configuraria prejudicada se ao fornecedor fosse imposto um ônus, mediante uma conduta, ao arrepio da lei, pelo consumidor, pois o subprincípio da cooperação ou da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo exige deveres de condutas e obrigações recíprocas

¹⁸¹ Cf. **Derecho civil**, 1950, p. 103-4.

¹⁸² **CDC** art. 51 § 2º.

¹⁸³ **CDC** – Art. 14 § 3º -“ O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I- que, tendo pretado o serviço, o defeito inexistiu;
- II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Na perquirição do princípio da equivalência material, há de se destacar a presunção legal, quanto a configuração de vantagem exagerada que ponha em risco o justo equilíbrio da relação, ou seja, considerou como vantagem exagerada, a ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico. Mais uma vez, a lei consumerista revela sua natureza normativa aberta.

8. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.

TAMG – AC 0299147-5 – 3ª C.Civ. Rel. Juiz Wander Marotta – J. 02.02.2002.

O acórdão reconhece a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de leasing, indexados pela variação cambial, a fim de garantir a revisão dos contratos e manter o equilíbrio contratual em face da onerosidade excessiva das prestações, com base no art 6º, V- “São direitos básicos do consumidor: [...] V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

A fundamentação do juiz foi no sentido de privilegiar a aplicação dos princípios sociais do contrato às relações de consumo e reconhecer a relatividade do princípio contratual clássico, do *pacta sunt servanda*.

A aplicação dos princípios jurídicos que regem as políticas públicas mandatórias de proteção ao consumidor relativizam o princípio do *pacta sunt servanda* e autorizam a análise judicial de todo o conteúdo do negócio objeto do litígio, como meio de aplicação do Direito e com a observância do princípio da equidade e do equilíbrio contratual, obrigando, inclusive à consideração dos princípios da confiança e da boa-fé.¹⁸⁴

A linha adotada pelo julgador na decisão do litígio, demonstrou a opção pela aplicação simultânea dos princípios sociais do contrato às relações de consumo. A decisão encontra-se em conformidade com os postulados constitucionais referentes ao abuso do poder econômico.

A única observação que merece reparos é a referência equivocada à Teoria da Imprevisão, pois o Código de Defesa do Consumidor fundamentou a modificação das cláusulas contratuais com base na cláusula *Rebus Sic Standibus* e não na Teoria da Imprevisão.

Ementa: Processo Civil – Declaratória – Leasing – Código de Defesa do Consumidor – Teoria da Imprevisão e Onerosidade excessiva – Revisão dos contratos indexados pela variação cambial.

CAPÍTULO VIII

OS SUBPRINCÍPIOS CONTRATUAIS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Sumário: 1. Breves considerações sobre a natureza dos subprincípios. 2. O subprincípio da vulnerabilidade do consumidor. 3. O subprincípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo. 4. O subprincípio da informação. 4.1. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência. 4.2. A consequência do inadimplemento do dever de informar.

1. Breves considerações sobre a natureza dos subprincípios.

Como dito alhures, achamos por bem estabelecer a diferença entre princípios sociais do contrato e princípios específicos ou subprincípios das relações de consumo.

A referência à condição de princípio específicos ou subprincípios das relações de consumo não importa demérito. Ao contrário, o significativo peso que estes princípios representam na relação jurídica de consumo não impede que sejam designados como princípios contratuais de consumo.

A justificativa do tratamento diferenciado decorre da crença de que os princípios específicos ou subprincípios são projeções imediatas dos princípios sociais do contrato (boa-fé, função social e equivalência material). Daí decorre a justificativa das distintas designações.

Por subprincípios ou princípios específicos das relações de consumo, entendemos os princípios da vulnerabilidade, da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e da informação.

O Código de Defesa do Consumidor descurou ao separar princípios e diretrizes das relações de consumo.

É uma questão aparentemente simples, mas induz ao equívoco de enxergar princípios onde eles não existem, gerando a delicada questão da banalização. Princípios não são criações subjetivas, mas mandatos de otimização contendo exigências que devem ser realizadas em maior grau possível, sob o manto da interpretação integradora ou da construção transformadora jurisprudencial.¹⁸⁵ A fundamentação nos princípios não é algo deletério, tampouco algo destituído de critérios.

Manifestando-se sobre o tema, Nelson Nery Junior enxerga princípios nos três capítulos iniciais do Código de Defesa do Consumidor.

Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1º ao 7º do Código. Tudo o mais que consta da lei é por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los.¹⁸⁶

Posicionamos-nos contrariamente ao autor, porque entendemos que o feixe principiológico do Código de Defesa do Consumidor não se encontra pulverizado entre os artigos 1º e 7º, mas concentrado nos artigos 4º, 6º e 7º.

Apenas quanto a segunda parte da citação, ou seja, *tudo o mais que consta da lei é por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais*, concordamos parcialmente. Desde que se entenda por princípios gerais os princípios sociais do contrato e que tudo o mais é projeção deles, inclusive os princípios específicos das relações de consumo.

¹⁸⁵ Clóvis V. do Couto e Silva. **Obrigação como processo**, 1976, p. 32.

¹⁸⁶ Cf. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 1992, p. 51. A propósito ver também Antonio Herman V. Benjamin que defende a existência de oito espécies de princípios

2. O subprincípio da vulnerabilidade do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, na condição de corolário do Estado social, imbuído da função de impulsionar o desenvolvimento econômico através da livre iniciativa, realizando simultaneamente a defesa do consumidor, parte da premissa da vulnerabilidade deste no mercado de consumo (art. 4º, I).

Segundo os princípios clássicos contratuais, a paridade entre as partes ficava adstrita ao reconhecimento da igualdade formal. O contrato firmado, apesar de teoricamente insistir na configuração ilusória da igualdade, no plano prático, dava sinais opostos, ou seja, revelava uma relação jurídica fincada sob o manto da desigualdade, da opressão, da submissão e da espoliação dos mais fracos pelos mais fortes. Relação inegavelmente verticalizada.

As pressões sociais contra o ideário liberal culminaram revelando a fragilidade e a injustiça daquele modelo para restaurar a normalidade social. Esse cenário de ebulição do Estado liberal provocou a intervenção estatal, mediante a inserção de normas cogentes, de cunho protetivo, objetivando garantir paridade real aos contratantes mais fracos, conforme presunção legal (trabalhador, inquilino, consumidor). É nesse contexto de transição do Estado liberal ao Estado social, que exsurge a garantia legal da igualdade material entre as partes.

O direito do consumidor é fruto dessa transformação, contemplando uma estrutura normativa, cuja premissa é a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. O sentido de vulnerabilidade atribuído pela lei deve ser compreendido em sentido lato, ou seja, a vulnerabilidade do consumidor extrapola as raias da debilidade econômica; é uma debilidade jurídica. A lei presume a desigualdade jurídica das partes no poder de contratar.¹⁸⁷

gerais no CDC. Cf desafios à efetivação dos direitos de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 1996, p. 384-386.

¹⁸⁷ A respeito da vulnerabilidade Cláudia Lima Marques defende a existência de três tipos: vulnerabilidade técnica, jurídica e fática . Cf. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 1999, p. 147.

É comum encontrarmos na doutrina a expressão contratante débil como designativo de vulnerabilidade. No entanto optamos pela terminologia utilizada pelo moderno direito do consumidor.

O discurso jurídico recupera, através do contratante débil, a relevância da desigualdade real das partes, para se restaurar a justiça comutativa, inadequadamente atendida pelo princípio da igualdade jurídica. Não tem como móvel substituir uma ficção, a igualdade jurídica dos contratantes – necessária em grande parte para evitar a instabilidade das relações jurídicas – por outra ficção, a eficácia do contrato dependente da igualdade real dos contratantes. Seu objetivo é a proteção ou tutela legal do contratante débil por meio de mecanismos compensatórios.¹⁸⁸

Até pode acontecer a concentração de debilidades econômica e jurídica na pessoa do consumidor, todavia esta coincidência não é a regra. O inverso também é possível, ou seja, o fornecedor ser débil economicamente perante o consumidor. Porém esta condição não o retira da situação privilegiada de predispor unilateralmente as condições gerais dos contratos, o que caracteriza pos a debilidade jurídica ou inferioridade do consumidor frente ao fornecedor.

O reconhecimento da desigualdade das partes é a demonstração de que o Código de Defesa do Consumidor é evoluído, harmônico e atualizado com o contexto social diante da clarificação de que o sub-princípio da vulnerabilidade encontra fundamento no princípio contratual social da equivalência material, da igualdade material ou da justiça contratual.

E esse princípio somente se densificará no plano jurídico havendo a presença do Estado regulando as relações contratuais, em especial as de consumo. Isto vem confirmar a tese defendida por Paulo Luiz Netto Lôbo, de que enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 66.

¹⁸⁹ Cf. Direito do Estado federado ante a globalização econômica. **Revista de Informação Legislativa**, 2001, p 100.

Noutros termos, enquanto a defesa do consumidor for norteadada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, integrará a categoria de direito constitucional fundamental e servirá de limite a atividade econômica. Não haverá, por conseguinte, nenhuma ordem de dirigismo privado que ameace ou ponha em xeque a defesa do consumidor. Somente um sistema principiológico sólido e aberto, rechaça qualquer tentativa de inobservância pelo fornecedor dos postulados de proteção do consumidor.

3. O subprincípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo

O preenchimento do conteúdo deste subprincípio integra-se, necessariamente, aos outros princípios, aqui denominados princípios contratuais gerais das relações de consumo, conforme se depreende da própria lei.¹⁹⁰

O princípio da harmonização dos interesses dos participantes materializa a idéia defendida por Clóvis V. do Couto e Silva, pertinente à necessária colaboração das partes na relação jurídica obrigacional. O autor enxerga no liame obrigacional o sentido de totalidade e, como tal, o desenvolvimento de uma relação de cooperação, nunca de subordinação entre as partes:

A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. Lato sensu abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas. Stricto sensu dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito[...].

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

¹⁹⁰ CDC - Art 4º, III – “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”;

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.

Se o conjunto não fosse algo de orgânico, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido de vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura.¹⁹¹

Após os argumentos comprobatórios da complexidade da relação obrigacional, desde logo fica claro que a obrigação não se reduz a uma relação pessoal patrimonial, na qual o devedor está obrigado a uma mera conduta positiva ou negativa em favor do credor. E dado o adimplemento, extingue-se a obrigação. Este desencadeamento é uma visão parcial e interna da questão.

Todavia não de ser considerados vários elementos que gravitam na órbita externa da relação obrigacional. Estes elementos vêm à tona com mais intensidade nos contratos sinalagmáticos e duradouros.

O dever de prestar, cujo efeito é a realização do crédito, não dimensiona a complexidade da relação obrigacional. Além do dever principal, outros deveres permeiam a estrutura da relação. São os chamados deveres de conduta, ou acessórios, cuja incidência estende-se a toda relação jurídica. No caso, é a junção do dever principal com os deveres acessórios que totaliza a estrutura global da relação obrigacional. Têm-se como certo visualizar a obrigação como um processo, no qual todos os atos praticados resultam para um fim.¹⁹²

A peculiaridade dos deveres de conduta ou acessórios é o fato da sua observância recíproca, ou seja, credor e devedor têm deveres um para com o outro e estão obrigados a atendê-los.

¹⁹¹ Cf. **A obrigação como processo**. 1976, p. 08-9.

¹⁹² A propósito ver Clóvis V. do Couto e Silva op cit, p. 08, Karl Larenz. **Derecho de obligaciones**, 1958, p. 39 e Menezes Cordeiro. **Da boa fé no direito civil**, 1984, p. 590. v.1.

Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación com fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar a la confianza de la outra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe. Cada una de las partes puede esperar de la outra que tenga en cuenta sus intereses en lo posible y en lo que pueda sele exigido según las circunstancias. Cada una de las partes está obligada en sus relaciones personales com la outra a la observancia de consideraciones de equidad.¹⁹³

Transportando a análise à seara consumerista, verifica-se ser compatível com o sub-princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo. Para demonstrar a compatibilidade nos serviremos de alguns aspectos salientados e os analisaremos à luz do Código de Defesa do Consumidor.

São eles: relação obrigacional sentido amplo, vínculo como uma ordem de cooperação e a não alteração da estrutura diante do desaparecimento de alguns direitos. Embora haja interseção entre eles, todavia os cindiremos para fins elucidativos.

Subdividimos a relação obrigacional, sentido amplo, em três partes:

- a) a primeira diz respeito à natureza principiológica do Código de Defesa do Consumidor nos moldes da Constituição, o que constitui um sistema normativo aberto, denotando sua amplitude, inclusive no momento de sua interpretação;
- b) a segunda refere-se à adoção da teoria maximalista pelo Código de Defesa do Consumidor na definição de consumidor, ou seja, prevê situações de equiparação à condição de consumidor.¹⁹⁴ Importa deduzir que os equiparados a consumidor serão tutelados pela lei, ainda que o contrato de consumo não tenha sido concluído. Ampliou o leque das posições jurídicas inseridas numa relação de consumo;

¹⁹³ Karl Larenz. **op. cit.**, 1958, p. 20-1. No mesmo sentido Emilio Betti. **Teoria generale delle obbligazioni**, 1953, p. 81.

¹⁹⁴ **CDC** – Art. 2º § único “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (seção da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”.

- c) Por fim, a conjugação entre deveres principais e acessórios delineando a totalidade da obrigação. Porém isto já enceta o próximo aspecto, ou seja, o vínculo como uma ordem de cooperação.

Como se denota do sentido atribuído ao termo, a cooperação é um ato que exige colaboração conjunta. Logo, é uma conduta recíproca que emana da legítima expectativa do comportamento de uma parte em relação a outra.

São deveres recíprocos de conduta que suscitam a preservação do interesse gerador da relação jurídica, desde a fase inicial até a fase final. Deveres, por sua vez, informados pelo princípio da boa-fé, o qual permeia toda a relação jurídica. Em suma, “ *no adimplemento, ou cumprimento da prestação, devem tanto o credor quanto o devedor proceder de boa-fé*” .¹⁹⁵

O vínculo contratual de consumo como uma ordem de cooperação entre consumidores e fornecedores se faz entrever no instante em que o Código de Defesa do Consumidor utiliza, repetidamente, as expressões harmonia das relações de consumo e harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo aditadas à permeabilidade do princípio da boa-fé e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Ombreado a esse dado, está o compromisso de equacionar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, ou seja, atividade econômica e defesa do consumidor, ambos materializados através do fornecedor e consumidor respectivamente, precisam caminhar juntos. É inconcebível uma defesa do consumidor ilimitada, bem como, o exercício da atividade econômica divorciada dos reclamos sociais. A limitação através das normas é no sentido de garantir a cooperação entre os dois pólos da relação contratual de consumo.

A não alteração da estrutura diante do desaparecimento de alguns direitos é compatível com a hipótese da extinção do contrato de consumo. Porém no tocante a

¹⁹⁵ Paulo Luiz Netto Lobo. **Direito das obrigações**, 1999, p.46.

responsabilidade civil, esta permanece, porque a consagração pelo Código de Defesa do Consumidor da responsabilidade está para além daquela etapa (*post pactum finitum*).¹⁹⁶

Mesmo havendo, em tese, a extinção do contrato, não há nenhuma alteração na estrutura contratual de consumo diante do desaparecimento de alguns direitos, já que a responsabilidade civil do fornecedor permanece.

Com base nos argumentos acima e enxergando na harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo nada mais que o compromisso da lei em manter o equilíbrio da relação, apesar da miscigenação dos outros princípios contratuais gerais, no seu conteúdo, é que o identificamos como a materialização do princípio da equivalência material.

4. O subprincípio da informação

A apreciação do princípio da informação sob a óptica de subprincípio das relações de consumo é apenas uma, entre outras perspectivas possíveis de investigação, pois o conteúdo semântico de informação permite uma interpretação multifacetada, diferenciada e heterogênea do princípio.

O ponto de partida do princípio decorre da Constituição que alçou a informação à condição de direito fundamental.

O artigo 5º da Constituição, em três momentos distintos, faz referência ao direito à informação (XIV, XXXIII e LXXII). De forma perfunctória, temos os dois primeiros como expoentes da dimensão coletiva do direito à informação, enquanto o último, em sentido diametralmente oposto, é a expressão do direito personalíssimo do titular.

Dada a complexidade que permeia o direito à informação, ele vem paulatinamente migrando da esfera individual para a coletiva, inaugurando o chamado

¹⁹⁶ CDC –Art. 32. “Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto”.
Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

direito coletivo da informação ou direito da coletividade à informação.¹⁹⁷ O direito à informação deve ser compreendido como expressão de interesse público geral, tutelado e configurando-se como interesse estatal.¹⁹⁸

A informação deve ser compreendida como um bem público, como categoria de direito difuso dotado da característica da transindividualidade. É um direito que pertence a todos indistintamente.

Assinalou-se que o direito à informação é um pressuposto da participação democrática livre, porque a democracia pode se frustrar diante da ausência de participação, e, para participar, deve-se estar informado.[...]. O direito à informação importa no direito de informar a de estar informado. Desta maneira se põe em destaque que existem duas problemáticas distintas. A primeira é tradicional, o direito a informar que se vincula com a liberdade de expressão[..]. O segundo é novo. É o direito do receptor da mensagem, do consumidor de informação a ser informado para poder decidir livremente.

Ambos estão relacionados. Na OC 5/1985, a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou que quando se restringe a liberdade de expressão de uma pessoa, não é só um direito individual que sofre violação, mas também o direito de todos a receber informações e idéias.¹⁹⁹

Na esteira dessas reflexõespretendemos analisar o dever de informar como sub-princípio do direito fundamental à informação em sua essência coletiva, inerente à relação de consumo.

A informação é dotada de um colorido coletivo. A ausência de informação na relação de consumo não atinge apenas aquele consumidor específico que está em vias de celebrar um contrato, mas toda a coletividade de forma indistinta. O sentido atribuído ao

¹⁹⁷ José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**, 1993, p. 235. A propósito do direito à informação ver também Nicolò Lipari. *Possesso dell'informazione. Il diritto privato futuro*, 1993, p.49, 52, 54.

¹⁹⁸ José Cretella Jr. **Comentários à constituição brasileira de 1988.**, 1990, p. 419.

¹⁹⁹ Ricardo Luis Lorenzetti. **Fundamentos do direito privado**, 1998, p. 511-12.

direito à informação não é o de informar por informar e sim o de “*informar e comunicar no exercício de uma actividade económico-social e no quadro de relações de mercado*”.²⁰⁰

Sendo o Código de Defesa do Consumidor um subsistema da Constituição e se nesta o direito à informação surge na condição de direito fundamental, por consequência é a mesma dimensão que o princípio recebe naquele. É um dever de conduta do fornecedor para o consumidor.

O dever de informar desempenha uma finalidade funcional nas relações de consumo; serve de lastro ao consentimento e assim integra a etapa pré-contratual ou da formação contratual, bem como é passível de imputação de responsabilidade em caso de inobservância.²⁰¹

Vê-se a correlação do silêncio intencional com o dever de informar.

Enzo Roppo, pronunciando-se acerca do dolo, faz algumas ponderações interessantes. Coloca-o como sinônimo de engano e defende a existência de formas diversas, dependendo das circunstâncias, entre elas a identificação do engano com o silêncio.

o silêncio ou a reticência: mais precisamente, com o silenciar, ou com o deixar na ambiguidade, factos que –em consideração das circunstâncias e das relações existentes entre as partes- deveriam ter sido, pelo princípio de boa-fé contratual, comunicados à outra parte, ou então esclarecidos.²⁰²

O princípio da informação é corolário do princípio da boa-fé. Diz respeito a uma conduta esperada, ou seja, o dever de informar. E se a boa-fé objetiva caracteriza-se como regra de conduta, o dever de informar é corolário desta.

²⁰⁰ Maria Eduarda Gonçalves. **Direito da informação**, 1994, p.17.

²⁰¹ A respeito do dever de informar ver também Fabíola Santos Albuquerque. **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2001, p. 83-100.

²⁰² Cf. **O contrato**, 1988, p. 240.

A esse dever do fornecedor corresponde o direito do consumidor de ser informado, com vistas à melhoria do mercado de consumo. É importante frisar que não é qualquer informação prestada que serve para ilidir a responsabilidade do fornecedor. O grau de exigência e detalhamento da lei é de tal monta que o erigiu a condição de direito básico do consumidor.²⁰³

O dever de informar é dever de clareza, é dever de divulgação, é dever de esclarecer e garantia de acessibilidade, tendo-se sempre presente o aderente típico médio e não o contratante letrado ou detentor de conhecimentos técnicos e jurídicos.²⁰⁴

O dever de informar, além de ter seu conteúdo preenchido pelo princípio da boa-fé, também funciona como mecanismo de controle legal do equilíbrio da relação entre fornecedores e consumidores. Embora se localize na etapa pré-contratual, desde logo condensa todos os elementos característicos de uma relação jurídica obrigacional, pois temos as partes – credor (consumidor)/ devedor (fornecedor), a prestação positiva (dar/prestar informação) do fornecedor, o vínculo jurídico e ainda a responsabilidade oriunda da inexecução da obrigação.

Nossas observações encontram arrimo nas observações de Dora Szafir :

a obrigação de informar, de origem legal, e que se funda no princípio geral da boa-fé, tem por funções o equilíbrio dos contratantes e a prevenção de danos aos consumidores.²⁰⁵

Doutrinariamente, o dever de informar tem sido objeto de divergências interpretativas no que tange a sua finalidade. Curiosamente, identificamos três perspectivas distintas. São elas: violação positiva contratual, prevenção dos danos e controle das cláusulas abusivas e de surpresa.

²⁰³ CDC – Art 6º, III – “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

²⁰⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 110. Ver do mesmo autor A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de direito do consumidor**, 2001, p. 35.

²⁰⁵ Cf. **El consumidor em el derecho comunitario**, 1998, p. 57.

A tese da violação positiva contratual encontra suporte na doutrina alemã, a qual defende que a responsabilidade objetiva é oriunda dos danos provocados pelos vícios, defeitos ou irregularidade da prestação, ou ainda, da má-prestação.

A regra determina que o cumprimento da obrigação guarde observância com os deveres principais e os acessórios de conduta, do contrário estaremos diante de um cumprimento defeituoso, ensejador de reparação do dano dele decorrente. É de supor que a informação foi prestada e, no entanto não foi, ou foi de maneira inadequada, defeituosa.

Foi exactamente a inclusão dos deveres acessórios de conduta na relação contratual, feita em grande parte por aplicação da regra da boa-fé, que contribuiu em certa medida para a autonomização da figura do cumprimento defeituoso ou da prestação defeituosa.²⁰⁶

Dora Szafir manifestando-se também sobre a função preventiva defende:

a obrigação de informar deve valorizar-se como de grande transcendência nas etapas: pré-contratual, de formação do contrato e também na etapa de execução, se necessário, posto que com ela se pode evitar danos aos consumidores.²⁰⁷

Por fim, temos o dever de informar como objeto de controle contra os abusos das condições gerais.²⁰⁸ Essa interpretação complementa-se com o preceito legal sobre cláusulas abusivas.²⁰⁹ Estas não violam um interesse individual, mas sim um interesse público, o interesse dos consumidores através da inserção de cláusulas que lhes imputem um ônus excessivo diante das vantagens conferidas ao fornecedor. São cláusulas contrárias aos fins e aos valores éticos, sociais, econômicos perseguidos pelos contratos, como mecanismos de preservação de sua função social.

O outro aspecto decorrente do dever de informar, semelhante ao exercido nas cláusulas abusivas, é o controle das chamadas cláusulas surpresas. Entende-se por cláusulas

²⁰⁶ João de Matos Antunes Varela. **Das obrigações em geral**, 1999, p.130.

²⁰⁷ Dora Szafir. **op. cit.** 1998, p. 57.

²⁰⁸ Paulo Luiz NettoLôbo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 109.

²⁰⁹ **CDC** – Art. 51 – “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços [...]”

surpresas aquelas que, aparentemente, concedem benesses ao consumidor, mas mascaram desequilíbrios do contrato, provocando efeitos contrários ao pretendido.

A surpresa está associada a má-fé do fornecedor ou à falta de esclarecimento adequado sobre o conteúdo do contrato, bem como, resulte da redação obscura, duvidosa ou contraditória das cláusulas contratuais. Para que a cláusula revista o caráter de surpresa é necessário, em primeiro lugar, que a sua estipulação seja anormal em relação à natureza do negócio ou à lealdade que deve presidir à sua elaboração. Além disso, é preciso que o consumidor não disponha das informações adequadas sobre o conteúdo do contrato.²¹⁰

Constata-se, para além dos aspectos acima mencionados, a exigência do dever de informar, pois a ausência ou a distorção da informação gera um desequilíbrio entre as partes e aborta o espírito e sentido pretendido do Código de Defesa do Consumidor. A lealdade esperada se torna uma incerteza, pondo em dúvida o próprio desenrolar do contrato.

A imprescindibilidade do dever prévio de informar é confirmada em várias passagens do CDC e desempenhando funções distintas. São elas:

- **regras ratificadoras do dever de informar (artsº 4º,IV, 8º e § único e 9º);**
- **regras informativas da responsabilidade civil (arts. 12 e 14);**
- **regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (arts. 30, 31, 36 § único, 37 e 38);**
- **regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade (art. 46).**

A lei, quando se reporta à cognoscibilidade, deve ser compreendida em sentido lato, envolvendo o conhecer e o compreender do sentido e o alcance dos contratos que regulam as relações de consumo.

Cognoscibilidade e dever de informar encerram uma natureza sinalagmática. Enquanto o primeiro importa um direito, o segundo é um dever do fornecedor que, por

²¹⁰ Alberto do Amaral Jr. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda.** 1993, p. 259. Sobre o tema ver também Paulo Luiz Netto Lôbo. Contratos no código de defesa do consumidor: pressupostos gerais. **Revista Direito do Consumidor**, 1993, p. 139.

sinal, representa uma grande conquista do consumidor contra a abusividade, presente nos contratos de consumo.

Segundo a lei, o que importa é o fato do consumidor ter podido conhecer e ter podido compreender, a saber, se houve efetiva possibilidade e os meios para tal foram postos a sua disposição pelo fornecedor, não só a ele mas a qualquer outro consumidor.[...]. A cognoscibilidade correlaciona-se com o dever de informar imputável ao fornecedor, como típica obrigação de meios.²¹¹

4.1. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência

Mandado de Segurança 5986 DF (98/0072799-0).

Relator: Min. Garcia Vieira.

Impte: Carrefour Comércio e Ind. Ltda.

Impte: Eldorado S.A

Impdo: Ministro de Estado de Justiça.

J. 13/10/1999

O caso em análise versa sobre um Mandado de Segurança impetrado pelo Carrefour e Eldorado S.A contra ato praticado pelo Ministro de Estado de Justiça, que impôs ao comércio varejista a obrigação de afixação de preços diretamente nos produtos, independentemente, da afixação de preços pelo sistema de código de barras.

O pleito dos impetrantes gira em torno do argumento, de que o princípio constitucional da livre iniciativa estaria sendo violado, pois além do código de barras, utilizam outros meios de publicidade. Logo, o pedido de liminar tem por objeto impedir a autuação, multas ou a imposição de qualquer outra penalidade aos respectivos estabelecimentos.

A linha de fundamentação do relator teve por base o princípio da informação, previsto no Código de Defesa do Consumidor,²¹² mas ponderou que não é só informar, por

²¹¹ Paulo Luiz Netto Lôbo.op.cit. **Revista Direito do Consumidor**, 1993, p. 138.

²¹² CDC – Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

informar. O princípio é claro, portanto deve atender todas as dimensões da informação. Segundo o relator, a partir da informação o consumidor estará apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo.

Quanto ao argumento da violação da livre iniciativa, o relator rechaçou com a fundamentação de que ela é livre, porém no limite de sua função social. E essa função para ser atendida submete-se a certos fatores, entre eles a defesa do consumidor.

Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda. O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações. Para atender realmente o que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto.²¹³

Ementa: Direito do Consumidor - Preço - Produtos - Supermercados - Exigência- Código de Defesa do Consumidor.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A decisão, por unanimidade, de considerar que o fato dos supermercados manterem a afixação de preço pelo sistema de código de barra não é suficiente para elidir a obrigação legal de colocar o preço em cada produto, demonstra a relevância do

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

²¹³ Mandado de Segurança 5986 DF (98/0072799-0). Relator: Min. Garcia Vieira. J.

princípio da informação para as relações de consumo. Veja-se que a aplicação do princípio foi direta, não houve nenhuma referência expressa ao princípio da boa-fé.

Outro aspecto relevante da decisão, foi a conformação da livre iniciativa ao princípio da função social e a defesa do consumidor, ou seja, a interpretação dos princípios da ordem econômica foi pautada sob o viés da integração principiológica.

4.2. A consequência do inadimplemento do dever de informar.

Temos como certo que o dever de informar deve ser cumprido, pouco importando a conclusão do contrato. Figura na seara da responsabilidade pré-contratual, pois do simples contato já nasce para o fornecedor a responsabilidade.

O dever de informar é um dever conexo à etapa de formação contratual, está inserido na esfera da responsabilidade pré-contratual do fornecedor. Não obstante, é um dever que está para além das etapas da sobrevivência do contrato, repercute inclusive após a extinção do contrato (*post pactum finitum*).

A propósito da questão tem-se as contribuições de Alcides Tomasetti Jr:

o surgimento de contactos anteconstrutivos de consumo, a configurar relações obrigacionais de consumo em sentido amplo, provocariam, por sua vez, o nascimento de deveres colaterais de informação e de advertência[...]. Parece, pois, que é passível de responsabilização o fornecedor oferente, pelos danos pessoais e patrimoniais sofridos pelo consumidor potencial, na exata medida em que a própria programação das relações de consumo importa na introdução e na permanência da pessoa e dos bens do potencial consumidor no estabelecimento do oferente fornecedor, normalmente pela maneira de atração exercida mediante publicidade, que sobretudo explora a forma de organização da oferta de venda.²¹⁴

²¹⁴ Cf. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, 1995, p. 15-6.

Ao fornecedor não é lícito se isentar da responsabilidade sob o argumento de que prestou a informação. Esta, como visto alhures, não é uma prestação simples, a lei já definiu o que significa prestar informação. A informação insuficiente ou inadequada sobre a fruição, utilização e riscos do produto ou serviço é um dos motes à responsabilidade civil objetiva.

No que toca a responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor, sob os auspícios da Constituição, imputou responsabilidade civil objetiva às atividades lícitas.²¹⁵ A atividade é lícita, mas o fornecimento de informações, não é como a lei exige, portanto cabe ao fornecedor responder pelos riscos inerentes à atividade realizada.

A própria lei define as causas excludentes de responsabilidade.²¹⁶ A partir das exceções se chega a duas constatações, embora interligadas: a primeira deixa entrever que a aplicação da teoria objetiva comporta limitação, não é um critério absoluto. Essa ponderação, sobre a responsabilidade do fornecedor, em grande medida, encontra fundamento no princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo. E a outra, o princípio constitucional da defesa do consumidor, também é passível de relativização. No momento em que o consumidor concorre exclusivamente para o resultado, ele perde a guarida da tutela legal do Código de Defesa do Consumidor.

Seria desarrazoado para o Código de Defesa do Consumidor, que prima pelo princípio da equivalência material, se privilegiasse a teoria objetiva integral diante da comprovação da inexistência do defeito, bem como dar guarida ao consumidor que concorreu diretamente para aquele resultado. Apesar da prudência do Código de Defesa do Consumidor nesses casos de relativização da teoria objetiva, mas é inegável que há o ônus do fornecedor provar. Não seria crível impor ao consumidor perquirir sobre as

²¹⁵ CDC – Art. 14 caput. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

²¹⁶ CDC - Art. 14 § 3º “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

provas cabíveis para exigir a responsabilidade do fornecedor. A lei não descurou a respeito e lançou mão do mecanismo da inversão do ônus da prova.²¹⁷

Quanto à imputação de responsabilidade ao fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor se robusteceu na ênfase ao instituto da solidariedade. Esta característica do contrato de consumo é, por si só, elucidativa do quanto foi perscrutante o Código de Defesa do Consumidor ao perquirir a responsabilidade do fornecedor, mediante o instituto da solidariedade passiva.²¹⁸

Percebe-se a utilização e a busca de novos paradigmas em matéria de responsabilidade. Hoje, a responsabilidade ganha terreno cada vez mais sólido e as indenizações tendem a atingir a sua finalidade. Em sede de responsabilidade, o valor a ser perseguido pelo direito é o rápido e o pronto ressarcimento das vítimas.²¹⁹

Aferir o quantum da indenização é um problema que precisa ser muito bem mensurado pelo aplicador da lei. Não é um critério subjetivo, há alguns princípios indicativos de critérios para tal empreitada. São eles: o princípio da proporcionalidade, o da razoabilidade e da vedação do enriquecimento indevido. Indenização não é sinônimo de locupletamento.

Na concepção de Paulo Luiz Netto Lôbo, o fundamento da responsabilidade civil reside na função restitutiva, conseqüentemente, defende a seguinte tese:

²¹⁷ CDC – Art. 6º, VIII – “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

²¹⁸ CDC- Art. 7º § único – “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

CDC- Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

CDC - Art. 13. “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador”;

CDC- Art. 18. “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

CDC - Art. 34 – “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

²¹⁹ Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*, 1999, p. 620.

O fundamento do dever de reparação do dano não reside no propósito de sancionar ou punir, mas no princípio de que o dano sofrido tem de ser reparado, sempre que possível, pelo responsável[...]. O dever de reparação é o correspondente ao direito à indenização, ou direito de crédito, que nasce com o dano e a composição do suporte fático da responsabilidade previsto na norma jurídica aplicável.²²⁰

Feitas as considerações sobre os aqui denominados sub-princípios contratuais das relações de consumo, ratificamos a tese que os princípios insertos na lei consumerista são projeções dos princípios sociais do contrato.

CAPÍTULO IX

²²⁰ Cf. **Direito das obrigações**, 1999, p. 145.

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A NOVA CODIFICAÇÃO CIVIL EM FACE DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO

Sumário: 1. Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil: (in) compatibilidades? 2. O princípio da continuidade da relação contratual ante o Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil. 3. O contrato de adesão na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor e da codificação civil. 4. Princípios sociais do contrato em face da nova codificação civil. 5. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.

1. Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil: (in) compatibilidades?

Tendo em vista que se avizinha a vigência da codificação civil, e considerando a parte destinada à teoria geral dos contratos, pergunta-se: haverá alguma repercussão nos contratos de consumo, encetados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, diante do postulado hermenêutico da lei posterior revogar a anterior? E o fato da codificação civil dispensar atenção aos contratos de adesão importa transmutação em sede de tratamento?

Creemos na ausência de dificuldades nas respostas. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial voltada exclusivamente às relações de consumo, enquanto o Código Civil destina-se a regular as relações contratuais comuns. Extrai-se que ao lado dos contratos de consumo subsistem os contratos comuns e vice-versa. São diplomas jurídicos distintos, mas não incompatíveis; pelo contrário, harmonizam-se tendo em vista possuírem base legal comum, ou seja, a Constituição.

Quanto ao tratamento dispensado aos contratos, a sistemática é a mesma, ou seja, a adesão às condições gerais se verifica no campo das relações contratuais de consumo, como no das relações contratuais entre privados. Assim naquela hipótese haverá incidência do Código de Defesa do Consumidor e nesta na perspectiva da codificação.

Desconsiderando o aspecto temporal entre eles, precisamente mais de uma década (Código de Defesa do Consumidor /1990 e Código Civil/ 2002) há entre eles mais aproximações que divergências, principalmente se a análise começar a partir dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

O Código de Defesa do Consumidor, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, dispôs como objetivo da política nacional de relações de consumo, o respeito à dignidade do consumidor. Baseou-se no princípio e deu-lhe uma conotação voltada especificamente ao consumidor.²²¹

Ambos os diplomas legais são compatíveis, densificando e concretizando os princípios sociais do contrato. Essa, todavia, não é uma opinião unânime na doutrina. Ainda por ocasião da tramitação do Código Civil, no Congresso Nacional, Luiz Edson Fachin emitiu parecer sobre o Projeto do Código Civil, suscitando a inconstitucionalidade da lei. Como não houve nenhuma alteração significativa entre o texto do projeto e o texto final do Código Civil, cremos que a linha de entendimento esposada pelo parecerista continua a mesma. Por esta razão, achamos válido transcrever as considerações emitidas sobre os efeitos incidentais do Código Civil na lei consumerista.

Caso o projeto de codificação seja aprovado, há o risco de, aplicando-se as mesmas regras de direito intertemporal, tomarem-se por revogadas disposições do CDC, sem embargo da especialidade da matéria ali disciplinada. O projeto do Código Civil, desde o início – como pode-se perceber pela disciplina do Direito da Empresa e dos títulos de crédito – pretendeu a unificação do Direito Privado. A inexistência de menção no projeto à possibilidade de as matérias ali reguladas, quando se tratarem de relações de consumo, serem submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, pode, em consonância com a pretensão de unificação já exposta, levar à conclusão de que esse diploma legal estaria revogado, ainda que tacitamente, pela lei posterior, no caso, o Código Civil.

²²¹ **CDC** – Art 4º caput – “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo[...]”.

Não há, no projeto, nenhuma disposição que ofereça um indicativo acerca de quais situações são abrangidas pelo Código Civil e quais seriam reguladas pelo CDC. O projeto silencia sobre esse aspecto, colocando em risco a proteção do consumidor, que, conforme exposto, é princípio constitucional.

222

Em que pesem as considerações relevantíssimas do parecerista enaltecendo a supremacia do valor da pessoa humana sobre o patrimônio e da impossibilidade de qualquer retrocesso dos direitos sociais, não desposamos da mesma opinião, sob o argumento de que não vislumbramos nenhum demonstrativo da pretensa incidência da legislação civil às relações de consumo, salvo em caráter suplementar.

Pelo contrário, o Código de Defesa do Consumidor continua com a aplicabilidade às relações de consumo. Código de Defesa do Consumidor e Código Civil são diplomas que caminham lado a lado e destinam-se a regular situações específicas, relações de consumo e relações contratuais comuns respectivamente. Com base nisto, insistimos na compatibilidade entre eles e enxergamos a comungação de pontos em comum, ou seja, ambos densificam os princípios sociais do contrato e têm como fim maior o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inobstante, a defesa dos dois diplomas não significa supressão de críticas. E estas recairão, particularmente, no princípio da continuidade da relação contratual e nas hipóteses configurativas de onerosidade excessiva respectivamente.

2. O princípio da continuidade da relação contratual ante o Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil.

A lei consumerista, ao dispor sobre os direitos básicos do consumidor, previu a possibilidade da modificação ou a da revisão das cláusulas contratuais, mediante a ocorrência de prestações desproporcionais ou fatos supervinientes que as tornem excessivamente onerosas.²²³

²²² Cf. **Parecer do Projeto de Código Civil**, 2000, p. 25

²²³ **CDC art. 6º V** – “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervinientes que as tornem excessivamente onerosas”;

Ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, a codificação civil optou pela resolução e não pela revisão do contrato. Pelo conteúdo da lei consumerista, ao consumidor coube escolher entre a modificação ou a sua revisão das cláusulas contratuais. Denota-se uma intenção de preservar o contrato, pois quem contrata quer o produto ou o serviço prestado e não o dinheiro de volta. O mesmo não se verificou no novo Código Civil, pois optou primeiramente pela resolução do contrato; em segundo plano é que vem a alternativa da modificação das condições do contrato. Esta ordem, imposta pela codificação, presume-se pela ausência de primazia ao princípio da continuidade do contrato.

Em conformidade com a idéia que permeia a hipótese de modificação na codificação civil cabe ao réu a modificação das condições do contrato. Isto não se verificando, resta a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida. É uma alternativa instrumental equitativa à preservação do contrato com suporte no princípio da proporcionalidade, visando ao princípio da equivalência material.

O outro aspecto enunciado merecedor de crítica, incide nas circunstâncias ensejadoras da onerosidade excessiva .

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, para que haja revisão das cláusulas contratuais, basta a ocorrência de fatos supervenientes que tornem excessivamente oneroso o contrato, ou seja, quando desconsidera o requisito da imprevisibilidade e extraordinariedade que marcaram a teoria da imprevisão e que tanta influência exerceu no direito brasileiro.

A mesma flexibilidade não serviu de paradigma à codificação civil. Nesta, como vimos, além de ter optado pelo instituto da resolução do contrato impôs, como condicionantes para se lançar mão da onerosidade excessiva, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.²²⁴

De acordo com o conteúdo do artigo, não houve permissivo legal de alternância. Optou-se pela conjunção aditiva “e,” não usou-se sequer a partícula “ou”. Assim, no Código Civil

²²⁴ CC art. 478 “ Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

(2002), para as relações contratuais comuns, vale a teoria da imprevisão. A rigor, o Código avançou ao consagrar a hipótese da resolução do contrato por onerosidade excessiva, mas ao mesmo tempo retrocedeu ao dificultar a realização do princípio da equivalência material, em oposição à linha consagrada no Código de Defesa do Consumidor.

O critério adotado pelo Código Civil (2002) na configuração da onerosidade excessiva, dificulta a ampla realização do princípio da equivalência material, pois o sentido do instituto pode sofrer distorções se a leitura for feita às avessas, ou seja, se o acontecimento não for extraordinário e imprevisível. Ainda que a situação real demonstre um desequilíbrio, permanece a relação contratual. Há, apenas, dois caminhos a seguir, quais sejam: a) continuidade do vínculo contratual, em obediência ao princípio da autonomia da vontade, mesmo configurado o prejuízo de uma das partes em detrimento da outra; b) o operador do direito ir além das amarras do dogmatismo conceitual e se valer da hermenêutica principiológica constitucional. Ademais, a orientação legal em sede de interpretação e aplicação da lei primam pela exigência do bem comum e da interpretação mais favorável à parte mais fraca da relação. Essa orientação possibilita a realização do princípio da equivalência material e, concomitantemente, dos demais princípios sociais do contrato que devem ser perseguidos nas relações privadas, sejam elas comuns ou de consumo .²²⁵

Indiscutivelmente, o fundamento basilar do instituto da resolução por onerosidade excessiva prevista no Código ou da modificação das cláusulas contratuais encontram ressonância no princípio contratual da equivalência material.

No momento em que ocorre o desequilíbrio contratual, tornando as prestações excessivamente onerosas, com extrema vantagem para outra, denota-se a quebra do equilíbrio contratual e da equivalência material tão cara à configuração contratual do Estado social que resta comprometida.

²²⁵ **LICC** Art. 5º - “Na aplicação da lei, o Juiz atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

CDC Art. 47 – “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

CC Art. 113 – “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

CC Art. 423 – “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se –á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

A razão de ser é a mesma, ou seja, é mister restaurar o equilíbrio contratual que foi quebrado, mas o meio utilizado pelos mencionados diplomas legais difere. Indubitavelmente, o Código de Defesa do Consumidor está melhor enunciado para enfrentar a problemática.

Apesar do campo de incidência dos dois diplomas serem distintos, relação de consumo e relação contratual comum, nada impediria que o Código Civil 2002 tivesse seguido a mesma sistemática do Código de Defesa do Consumidor no que tange à revisão, ao invés da resolução do contrato e conformar-se apenas com fatos supervenientes, sem os requisitos restritivos da imprevisibilidade e da extraordinariedade.

3. O contrato de adesão na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor e da codificação civil

O contrato de adesão é uma categoria de negócio jurídico que passou a ser regulado na nova codificação civil. Desta feita, importa concluir que a incidência do contrato de adesão tanto se verifica na perspectiva da codificação civil, como na da legislação consumerista.

O Código Civil de 1916, por motivos óbvios, desconhecia contratos de adesão e contratos de consumo, o que assevera o relevante papel desempenhado pela doutrina e jurisprudência para enfrentar os desafios oriundos dessas espécies contratuais.

Somente a partir do Código de Defesa do Consumidor é que os contratos de adesão, na relação de consumo ganharam tutela legal. No que concerne aos contratos de adesão firmados entre particulares, no plano legislativo somente agora com o Código Civil de 2002.

Em regra, o contrato de consumo é um contrato de adesão, mas o inverso não se verifica, ou seja, nem todo contrato de adesão é de consumo. Conclui-se, portanto, pela existência de contrato de adesão firmado entre fornecedores, ou entre empresas regulados pela legislação contratual civil.

Apropriando-nos da definição inserta no Código de Defesa do Consumidor, entenda-se por contrato de adesão:

aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.²²⁶

Depreende-se que a configuração do contrato de adesão em nada coincide com a do contrato clássico. Os elementos essenciais de outrora são prescindíveis nesta espécie contratual. Como o princípio da autonomia da vontade é mitigado nos contratos de adesão, a premissa básica é da ausência de equilíbrio entre as partes. Enquanto naquele princípio clássico a pressuposição é da igualdade das partes, pelo menos na acepção formal, neste o desenho é da completa desigualdade, cabendo proteção legal à parte hipossuficiente, mediante o fornecimento do suporte legal necessário ao equilíbrio contratual.

Tecnicamente falando o contrato de adesão não exprime espécie contratual, sua peculiaridade incide na formação do contrato. O que de fato ocorre é a padronização contratual materializada nos formulários, gerando a redução ou a mitigação da liberdade de contratar o conteúdo, o tipo e o efeito do contrato. Daí o mais apropriado é se falar em adesão às condições gerais. Essas estão em estado latente e até esse momento não há eficácia das condições gerais. Estas só se materializam e ganham eficácia no instante da adesão. Esse é o momento exato do nascimento do contrato e o início da produção de efeitos jurídicos.

A utilização do contrato de adesão não merece nenhuma repulsa, ao contrário, configura uma necessidade da sociedade moderna referente à contratação em massa. O fato do Código Civil recepcioná-lo demonstra ares de conformidade com a realidade ao reconhecer que mesmo entre privados, a idéia de paridade nem sempre está assegurada. A lei admitiu a posição privilegiada de um contratante em relação ao outro, sendo necessária a tutela do contratante vulnerável.

²²⁶ CDC – Art. 54.

Não obstante a tentativa de harmonização social da codificação civil não a torna imune às críticas. A primeira delas recai no fato da codificação não ter seguido a mesma linha adotada pelo Código de Defesa do Consumidor referente ao contrato de adesão. Este optou pelo detalhamento da matéria e aquele optou pela generalidade.

A propósito ressalte-se o dispositivo que confere o ônus da nulidade à cláusula, passa a impressão de taxatividade, ou seja, consoante o dispositivo legal a nulidade incidirá somente nas cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.²²⁷ Preferimos nos distanciar dessa impressão e contextualizá-la numa dimensão hermenêutica aberta. Do contrário, chegaremos a absurda hipótese que se a cláusula abusiva presente no conteúdo contratual não encontrar correspondência com o dispositivo da codificação civil, não será declarada nula por mais caracterizado que fique o desequilíbrio contratual.

Além dessa imperfeição, salienta-se a total omissão da codificação no estabelecimento de dispositivos legais destinados à regular as condições gerais dos contratos, pois o reconhecimento do contrato de adesão entre privados faz supor que as condições gerais estejam inseridas em formulários padronizados, por conseguinte o dever de informar passa a ser uma conduta *sine quo non*.

O Código Civil não fez referência expressa ao princípio da informação, o que ratifica a tese que em sede de contrato de adesão sua interpretação requer um trabalho hermenêutico principiológico. Afinal, o princípio da informação é corolário do princípio da boa-fé.

O Código Civil recepcionou o contrato de adesão, mas desafortunadamente não dispensou nenhum tratamento às condições gerais dos contratos.²²⁸, ao contrário do que se verifica no Código Civil italiano (1942)²²⁹ e na lei portuguesa (Dec.-Lei nº 446/1985).

²²⁷ CC (2002) – Art. 424. “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

²²⁸ Registre-se a variação designativa das condições gerais dos contratos. Ver Paulo Luiz Netto Lôbo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 30-32.

²²⁹ **Codice Civile** – Art 1341.

A lei portuguesa delimita dois campos de aplicação das cláusulas contratuais gerais, são elas: nas relações entre empresários e nas relações com consumidores finais. Assim, depreende-se que a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares (relações entre empresários), requer que elas sejam comunicadas e que sejam prestados os esclarecimentos necessários. A lei preceitua que quem utiliza as cláusulas deve além de comunicar o respectivo conteúdo, informar o aderente do seu significado e das suas implicações..²³⁰

Vejamos os artigos da lei portuguesa sobre comunicação e dever de informação:

Artigo 5º - (Comunicação)

1. As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las.
2. A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo pôr quem use de comum diligência.
3. O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante determinado que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.

Artigo 6º.-. (Dever de informação)

1. O contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.
2. Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados..²³¹

A lei consagra a comunicação e o dever de informação como deveres pré-contratuais, os quais encontram fundamento no princípio da boa-fé.

Os problemas específicos postos pelas cláusulas contratuais gerais levaram o legislador a concretizar o dever pré-contratual de comunicação.[...]

²³⁰ Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro. *Cláusulas contratuais gerais* – Anotação ao Dec.Lei nº 446/85, 1995, p. 24

²³¹ Dec.Lei nº 446/85

A boa-fé impõe, durante a fase pré-contratual, não só a comunicação das cláusulas a inserir no negócio, mas também que sejam prestados os esclarecimentos necessários a um exercício idóneo da autonomia privada.²³²

Nos contratos singulares há o exercício da autonomia privada das partes, tanto que na realização do contrato elas podem adotar, no todo ou em parte, dispositivos contidos em fórmulas pré-elaboradas, ou não.

Em qualquer caso, o exercício efectivo e, portanto, eficaz da autonomia privada reclama uma vontade bem formada e correctamente formulada dos aderentes, maxime um conhecimento exacto do clausulado.²³³

Analisadas as disposições da lei portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais e estabelecendo um cotejo com o Código Civil se deduz o quanto este é incipiente no tratamento da matéria.

O contrato de adesão entre particulares, à luz da codificação civil, deve ser compreendido como o instrumento que entremeia a autonomia privada das partes e as condições gerais dos contratos. Representa a garantia da manutenção da etapa das tratativas ou das negociações preliminares formada pela conjugação do exercício da autonomia privada e da adesão às condições gerais. Chama-se atenção todavia, que o fato das partes negociarem a inserção de cláusula(s) no formulário não afasta a natureza de contrato de adesão.

Retornando ao ponto inicial, referente à interface dos contratos de adesão e o princípio da equivalência material, tem-se que, diante de uma relação jurídica, seja esta de consumo ou não, o referido princípio somente se realiza mediante a interferência do direito reconhecendo a vulnerabilidade da parte aderente, suprimindo sua ausência de poder.

4. Princípios sociais do contrato em face da nova codificação civil

²³² Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro. **op. cit.**, 1995, p. 24-5. A respeito do dever de informação nas tratativas ver Vincenzo Cuffaro. Responsabilità precontrattuale. **Enciclopedia del diritto**. 1988, p. 1271. E Giorgio de Nova. Informazione e contratto: il regolamento contrattuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1993, p. 709.

²³³ Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro. **op. cit.**, p. 24.

A facilidade e a comodidade oferecidas pela codificação são argumentos atraentes para conquistar um número maior de adeptos, em oposição a complexidade de interpretar com base nos princípios, que embora propicie um campo de investigação mais rico, exige um trabalho investigativo mais complexo.

É descabido entrar no mérito da funcionalização / oportunidade ou não do Código Civil de 2002. Trata-se de um dado irreversível da nossa realidade.

A propósito, as contribuições de Luiz Edson Fachin:

Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado.²³⁴

Atrai-se ao Código Civil o designativo novo, mas o termo enseja idéia de moderno, original, o que não é bem o caso. Em algumas disposições, foram estabelecidas parcimoniosas mudanças. No todo, a sistemática do novo Código guarda grande similitude com o Código Civil de 1916. Aqui e ali é que se encontra algo de substancial, a exemplo da inclusão da teoria geral dos contratos consubstanciada nos princípios sociais.

Dessa forma, a codificação só adquirirá, em sua inteireza, a condição de nova se a revisitação às categorias clássicas forem feitas numa perspectiva crítica e otimizando o diálogo com os princípios de maneira a possibilitar a construção do direito civil, permanentemente renovado e em constante sintonia com os fatos sociais.

O Código Civil de 1916 retratou o ambiente liberal, o qual privilegiava o homem, a partir de seu patrimônio. Já o Código Civil de 2002, pautado sob a inspiração dos princípios do Estado social, migrou da redoma individualista em direção ao abrigo da solidariedade e da socialidade. Verifica-se a inversão dos paradigmas, transita-se do individual para o primado

²³⁴ Cf. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 06. Ver também, do mesmo autor, A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**: Coimbra, 1998, p. 150 –152.

da solidariedade social, consubstanciando os princípios de justiça distributiva e de justiça social. A interpretação do Código há de ser feita com vista ao compromisso de tutelar a pessoa e da realização plena da cidadania.

Para Miguel Reale, a codificação é subscrita a partir da consagração da “pessoa como valor-fonte de todos os valores jurídicos”.²³⁵ Existe na nova codificação uma preponderância do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, ao inverso do que se verifica no Código de 1916. Adite-se ainda outros três princípios que informam o Código Civil na visão do autor. São eles: eticidade, socialidade e operabilidade. O primeiro é a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico; o segundo, a superação do caráter individualista do Código de 1916, mediante a inserção do princípio da função social do contrato; e o último vale-se de soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação pelo operador do direito.²³⁶

A missão indeclinável dos operadores do direito é da interpretação hermenêutica da codificação civil em conformidade com a Constituição. Logo, deverá sempre lançar mão dos princípios constitucionais, das cláusulas gerais, da jurisprudência comprometida com a realidade social.

Não obstante, a procedência de inúmeras manifestações contrárias à codificação civil, há de se reconhecer o avanço na teoria geral dos contratos, no sentido de envidar esforço para a realização dos princípios sociais do contrato em sintonia com a Constituição.

Na seara da teoria geral dos contratos, houve várias inovações e todas dignas de reconhecimento. Como exemplo temos: a presença explícita dos princípios da função social do contrato e da boa-fé; quanto ao princípio da equivalência material, encontra-se implícito nas disposições pertinentes aos contratos de adesão.

Dando continuidade à sistemática que vem sendo adotada na abordagem dos princípios sociais, cada um será enfrentado isoladamente, mas sem perder de vista que eles são perenemente imbricados. O que ratifica a fragilidade em estabelecer limites seccionados ao conteúdo dos referidos princípios.

²³⁵ Miguel Reale. Visão geral do novo Código Civil, **Jus Navigandi**, 2002. p. 07.

O Código Civil 2002 supriu a falha do anterior ao consagrar, expressamente, o princípio da boa-fé como recurso interpretativo dos negócios jurídicos e como princípio norteador da conclusão e da execução dos contratos. Era uma ausência legislativa imperdoável, haja vista que o Código Comercial, desde 1850, exigia a observância ao princípio por ocasião da interpretação das cláusulas do contrato,²³⁷ além de imputar nulidade ao contrato comercial ofensivo à moral e aos bons costumes.²³⁸ A partir de uma análise acurada daquele mencionado artigo não é exagero vislumbrar a codificação mercantil como precursora das cláusulas abusivas, pois o que elas são senão a violação da boa-fé objetiva, da quebra dos usos e costumes e do desvio do verdadeiro espírito e natureza do contrato. Percebe-se a preocupação do código de expurgar situações concretas de desvio de finalidade contratual ou de finalidade social.

Apesar da inserção expressa na codificação do princípio da boa-fé objetiva não está imune à crítica. Como exemplo, veja-se a opinião de Antônio Junqueira que propugna pela insuficiência do artigo da codificação, referente ao princípio em apreço:²³⁹

O artigo é insuficiente, deficiente e, além de tudo, revela que está num paradigma anterior aos tempos nos quais estamos vivendo. Ele está no paradigma do sistema que alguns dizem aberto, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. No meu modo de entender, já estamos, no mundo, hoje, em outro paradigma.[...]

O artigo referido, com a evolução do direito, é, hoje, porém, insuficiente por várias razões. Uma delas é que não sabemos se representa uma norma cogente ou uma norma dispositiva.[...]

A outra razão é porque se limita ao período que vai da conclusão do contrato até a sua execução, silenciando sobre as fases pré-contratual, ou

²³⁶ Idem, p. 03, 04 e 05.

²³⁷ **CCom** art. 131.1 “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigoroso e restrita significação das palavras”.

²³⁸ **CCom** art. 129.1 “que recaírem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes”.

²³⁹ **CC** – art. 422 – “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

responsabilidade pré-contratual e responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum*.²⁴⁰

Com o devido respeito, discordamos do supracitado autor, pois entendemos que não há insuficiência do princípio da boa-fé na codificação. Nossos argumentos são pautados em duas acepções: sendo a primeira de cunho mais amplo e a segunda de mais restrita.

Com base nos ensinamentos de Clóvis V. do Couto e Silva, deve-se entender a acepção ampla da obrigação, ou seja, a obrigação como processo onde todos os atos realizados nas diversas fases confluem para o mesmo fim. Emilio Betti quando se reporta a boa-fé contratual também a compreende em todas as fases do contrato.²⁴¹ As fases estão dispostas de tal forma que confluem para um todo perfeito e doravante não podem ser compreendidas de forma seccionada. Sendo os contratos a principal fonte das obrigações, a analogia é pertinente. Assim, desde as tratativas, passando pela conclusão, pela execução e findando com o adimplemento e a extinção das obrigações, há um encadeamento lógico das diversas fases. Uma fase não pode ser suprimida e tampouco se antepor a outra, até porque entre elas há uma relação de coordenação. A seqüência precisa ser obedecida para se chegar ao fim esperado.

Então, não faz sentido imaginar que o princípio da boa-fé objetiva previsto na codificação, fundamente o contrato de forma estanque, quer dizer, aplique-se em uma fase e não se aplique a outra. Também é de se considerar que os deveres conexos decorrentes do princípio da boa fé são acessórios do principal. E a regra jurídica prevalente é que o acessório segue o principal. Assim, não é preciso que eles estejam expressos para produzir efeitos, ou seja, eles estão implícitos. Sendo suficiente para configurar a responsabilidade civil pré-contratual. O mesmo se aplica à fase pós-contratual, incidindo a responsabilidade civil ou *post pactum finitum*. Embora não tenhamos nenhuma dúvida quanto à incidência do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual, sujeitamos a redação do artigo a objeto de crítica, por não ter primado pela clareza e daí suscitar questionamentos.

²⁴⁰ Cf. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2000, p. 03-4.

²⁴¹ Cf. **Teoria generale delle obbligazioni**, 1953, p. 65.

No que se refere a segunda acepção, ou seja, a obrigação na perspectiva restrita, entendemos que as relações contratuais, em geral, partem da premissa do contratante comum, do contratante médio, de forma que as expectativas das partes encerram um sinalagma, devendo ser respeitadas para o melhor desempenho da relação. Se, porventura, o princípio da boa-fé objetiva, que implica regra de conduta das partes, portanto sinalagma, não integrasse todas as fases da relação, implicaria numa frustração quanto às expectativas iniciais do negócio acalentadas pelas partes.

Indo além, mesmo que a codificação civil não contemplasse em seu bojo o princípio da boa-fé objetiva, ele estaria implícito em todas as relações contratuais, tendo em vista a necessária leitura e interpretação em conformidade com a Constituição Federal.

Partamos agora para o próximo princípio, qual seja: o princípio da função social. Com as transformações sociais e com o viés da solidariedade social, o princípio da função social surge como decorrência lógica deste contexto. Inconcebível seria forçar sua materialização sob a égide do Estado liberal, em face do lastro individualista ínsito ao período. A orientação de perscrutar na aplicação da lei os fins sociais, guarda correspondência com o Estado social. O Código Civil de 2002, com o pretense visado da contemporaneidade, recepcionou expressamente o princípio da função social,²⁴² e mesmo que não o houvesse, a perspectiva constitucional daria primazia.

Interessante observar que o Código Civil de 2002 não estabeleceu correspondência com o dispositivo do Código Civil 1916), referente aos efeitos das obrigações serem limitadas às partes. A propósito, a percurante análise de Antônio Junqueira:

Aceita a idéia de valor social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse.²⁴³

Conforme dito alhures, há na doutrina divergência quanto à existência de sinonímia ou não entre autonomia privada e liberdade de contratar. Prevalece o entendimento

²⁴² CC Art. 421 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁴³ Cf. Princípios do direito contratual e a reforma do código civil. **Revista de eventos**, 1998, p. 27.

de que as duas situações importam similitude. Ao que parece é o sentir do Código Civil de 2002.

Dessa forma, o princípio liberal clássico da autonomia privada, imediatamente revelado através da liberdade de contratar, somente encontra ambiência no contexto da nova codificação civil, quando cumprir a função social que lhe é inerente e indeclinável, em estreita correspondência com os outros princípios sociais do contrato, quais sejam: o da boa fé e o da equivalência material. Em regra, a referência é feita em relação ao princípio liberal clássico da autonomia privada, tendo em vista a representatividade do princípio para o direito privado, mas não significa demérito aos princípios da obrigatoriedade e da relatividade subjetiva.

Esta linha deixa entrever que os princípios contratuais clássicos, imbuídos das características ínsitas ao Estado liberal, colidem com os princípios sociais do contrato escolhidos para edificarem a nova ordem jurídica codificada. Noutros termos, o Código Civil de 2002 não desconheceu os princípios contratuais clássicos, apenas pulverizou as características absolutistas e as limitações negativas do Estado liberal, relativizando-os e dotando seus conteúdos de limitações positivas compatíveis com os interesses sociais. Desafortunadamente, o Código Civil de 2002 optou por atribuir vagueza semântica ao conteúdo de liberdade de contratar, em oposição ao critério adotado pelo Código Civil Português.²⁴⁴

Outra abordagem do princípio da função social foi por ocasião da menção à teoria do abuso do direito. Isto para demonstrar que todo direito não pode ser destituído de uma função. Razão suficiente para a lei exigir do respectivo titular não o exercer de maneira antifuncional.

A teoria do abuso do direito, também foi recepcionada pela nova codificação quando reconheceu como ato ilícito o praticado pelo titular de um direito que, ao exercê-lo,

²⁴⁴ **Código Civil Português** – Art 405 “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.²⁴⁵

O princípio da função social, no texto civil, é explícito e serve de indicador do quanto as exigências sociais foram imprescindíveis na construção do novo paradigma contratual. Através deste princípio de inclusão, o direito privado, em especial o direito civil, revisita as categorias de direitos sociais em sede constitucional, atribuindo-lhes uma dimensão mais humanitária e harmonizada aos interesses sociais.

A teia principiológica da Constituição possui uma textura aberta que permite a aplicabilidade fluida de um princípio, mesmo implícito. É o caso do princípio da equivalência material dos contratos. Esta condição não o diminui e tampouco suscita dúvidas acerca da sua permeabilidade em face da codificação civil. Em diversas passagens da lei, encontram-se materializações do princípio da equivalência material. Como exemplo, temos: a solução encontrada para harmonizar o princípio da autonomia privada através da obrigatoriedade do pactuado e a intervenção estatal na economia do contrato, em direção à resolução por onerosidade excessiva ou a modificação das cláusulas contratuais.

Em que pesem as críticas anteriormente feitas, o Código Civil de 2002 vislumbrou a preservação do contrato, mediante a modificação das cláusulas contratuais ao invés da resolução. De alguma forma não deixa de ser um mecanismo propulsor da concretude do princípio da equivalência material dos contratos.²⁴⁶

O Código Civil de 2002, através do princípio da proporcionalidade, bem como pelos institutos da lesão, das perdas e danos, da cláusula penal e da indenização, realiza o

²⁴⁵ CC Art 187.

²⁴⁶ Art. 317. “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Art. 478. “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

princípio da equivalência material dos contratos, conforme se depreende do exame dos artigos, abaixo transcritos.²⁴⁷

5.Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência

Demonstrada a compatibilidade e a simetria principiológica entre a codificação civil e o Código de Defesa do Consumidor, é interessante apreciar um julgado denotativo de contrato de adesão. O caso em comento versa sobre contrato de adesão firmado entre fornecedores, ou seja, a jurisprudência filiou-se a uma posição de vanguarda ao reconhecer a relação jurídica como de adesão, sem importar numa relação de consumo.

²⁴⁷ Art. 157. “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

Art. 402. “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Art. 403 – “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Art. 415 – “Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação”.

Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

STJ REsp 256.456 – SP (2000/0039981-7).

Relator Min. Ruy Rosado de Aguir

Recte Maria Aparecida Scabini Maldonado e outro

Recdo CARGILL CITRUS LTDA

Na espécie, trata-se de recurso especial, interposto pelos recorrentes irrisignados, da decisão proferida pela Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo em frontal colidência com o entendimento da instância monocrática.

Sucedo o seguinte: a empresa CARGILL CITRUS LTDA ajuizou ação ordinária contra os citricultores para cobrança do débito, oriundo do contrato de compra e venda celebrado entre as partes, cujo objeto recaia em frutas cítricas (laranjas) produzidas nos pomares dos réus.

Por sua vez, estes intepuseram ação anulatória, buscando a resolução do contrato, ou a fixação de um preço justo para a mercadoria que entregaram à empresa.

Na instância monocrática, a decisão foi no sentido de julgar improcedente o pedido da ação de cobrança e procedente o da anulatória, com base na configuração da adesão às condições do contrato celebrado entre as partes e do notório desequilíbrio econômico do contrato demonstrado e comprovado a partir das seguintes convenções:

- a) a partir da assinatura do contrato, as frutas passavam à propriedade da compradora que se responsabilizava pela colheita e o transporte delas. Apesar da condição de mero depositário, ao produtor cabia arcar com os custos e riscos dessas operações, assim como com todos os demais custos da produção, da industrialização, da exploração, bem como os riscos oriundos de caso fortuito ou força maior (como greves dos colhedores das frutas ou daqueles encarregados do transporte, contratado pela própria indústria) que danificassem os frutos;
- b) a compradora poderia recusar-se a colhê-las ou a não pagá-las se as considerasse inaptas à extração de suco, não tendo o produtor qualquer participação nos critérios de qualificação. E por fim, a indústria poderia rescindir o contrato unilateralmente;

- c) o produtor não poderia transacionar qualquer quantidade de frutas com terceiros, mesmo o contrato sendo omissivo quanto à colheita das frutas de maturação precoce, cujo prejuízo, pela não retirada a tempo, seria suportado pelo produtor;
- d) e na hipótese de restituição de algum valor à compradora, ao final da apuração do preço, este deveria ser acrescido de correção monetária e de juros de mora.

Diante do fatos, o juízo *a quo* proferiu a sentença:

com relação ao contrato de compra e venda de laranja (safra 90/91), celebrado entre as partes, declarar nulas, por abusivas, as cláusulas na parte em que consignaram, quanto à apuração do preço final, que seriam considerados apenas a cotação do suco de laranja na bolsa de mercadorias de Nova York; como de responsabilidade exclusiva dos citricultores todos os custos e riscos. Como consequência no respeitante as despesas externas, cada parte suportara 50% e caberá a CARGILL suportar sozinha as despesas internas e em face do desequilíbrio deverá pagar aos produtores, pelas laranjas deles adquiridas na safra 90/91, o valor a ser calculado por arbitramento acrescido de correção monetária e juros de mora.²⁴⁸

Depreende-se que o juízo monocrático, sensível aos fatos, constatou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, portanto restando configurado um contrato de adesão. Inconteste a superioridade da indústria, ao dispor das cláusulas contratuais e ao impor regras tendentes à preservação e prevalência de seus interesses, em detrimento da outra parte.

Na espécie, uma clara prestação desproporcional, excessivamente onerosa à contraprestação por parte da indústria e a contrafação do princípio da autonomia privada.

O juiz informou sua decisão no princípio da boa-fé objetiva. E o ilustrou com base no CCom, art. 131,a (alhores transcrito).

²⁴⁸ STJ REsp 256.456 – SP (2000/0039981-7). Relator Min. Ruy Rosado de Aguir.

na relação contratual comum, o princípio da boa-fé objetiva dirige-se a todos os participantes e principalmente ao devedor. Nas condições gerais, volta-se ao predisponente, ou seja ao único que as formulou, quando se perquire a validade e a integração ao contrato individual. Geralmente a infração da boa-fé se deduz de que o predisponente criou uma situação sobre a qual o aderente podia confiar.²⁴⁹

A CARGILL CITRUS LTDA, inconformada com a decisão prolatada, apelou à instância superior, ficando a cargo da Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo o julgamento da apelação cível.

Curiosa e desafortunadamente, a Câmara se posicionou em sentido, diametralmente, oposto à decisão proferida em 1º grau.

Cobrança- Contrato de fornecimento futuro de produto agrícola (frutas cítricas – laranja) – saldo resultante da diferença de valores, entre o preço provisório, pago antecipadamente, e o final, apurado pela Bolsa de Mercadorias de Nova York – Pretensão legítima, ausente, vício que nulifique o contrato celebrado entre as partes – Álea configurada – Inteligência do artigo 1.124 do Código Civil – Recurso provido.²⁵⁰

De acordo com o voto do relator, da Terceira Câmara, após o exame do conjunto probatório, se filiou ao seguinte entendimento:

- a) o relator entendeu tratar-se de contrato comum, baseado no princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Afastando de pronto qualquer configuração de contrato de adesão;
- b) ademais, não houve ruptura do equilíbrio contratual, por conseguinte, não há de se falar em Teoria da Imprevisão, pois as partes estão vinculadas por um contrato aleatório;
- c) outrossim, enxergou a licitude da estipulação em moeda estrangeira, mormente porque diz respeito à aquisição de laranja para posterior exportação, que poderia beneficiar os produtores;

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Idem.

d) concluiu consagrando a inteligência do artigo 1124 do CC.²⁵¹

Diante de tamanha incongruência entre as decisões, nada mais lógico que os citricultores lançarem mão do recurso especial. Para tanto, aduziram os fatos já contemplados na inicial.

O julgamento ficou a cargo da Quarta Turma do STJ e o relator, ao proferir o voto, teve o seguinte entendimento:

- a) que o contrato de compra e venda, em apreço, ao lançar as despesas à conta e risco de uma só parte, materializa o desequilíbrio contratual;
- b) considerou, na espécie, a inteligência do artigo 1125 do mesmo diploma legal, ao invés do artigo anterior, conforme entendimento da eg. Câmara;²⁵²
- c) subsidiou o entendimento com base no princípio da boa-fé objetiva, cabendo às partes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado.

Dessarte, o julgamento do caso pode ser assim resumido:

EMENTA: Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CCom.). Recurso conhecido e provido.

Acordão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da QUARTA TURMA do Superior tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

²⁵¹ CC (1916) Art. 1124 – “Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa do mercado, ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar”.

²⁵² CC (1916) Art. 1125 – “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxa do preço”.

Brasília-DF, 22 de março de 2001.²⁵³

A maneira como este acórdão foi interpretado e julgado pelas instâncias que o apreciaram nos permite tecer algumas considerações. A fim de guardar a mesma sistemática de como o acórdão foi descrito, os comentários obedecerão a mesma ordem, ou seja, primeira instância, Tribunal de Alçada e STJ.

- a) a sensibilidade do juiz de 1º grau de orientar o julgamento pautado no princípio da boa-fé objetiva, em particular, no dever de confiança conferido às partes. Se serviu para tanto da disposição do Código Comercial em razão da omissão do Código Civil de 1916, acerca do mencionado princípio;
- b) o reconhecimento da quebra da equivalência contratual, importando numa prestação excessivamente onerosa dos citricultores em relação à contraprestação por parte da indústria. Neste momento, valeu-se dos elementos configurativos da Teoria da Imprevisão;
- c) julgou a demanda com base no princípio da boa-fé objetiva, embora, a rigor, mais pertinente fosse o princípio da equivalência material. Cabível também seria o princípio da função social do contrato. No entanto a opção do juiz de conduzir a demanda sob o esteio do princípio da boa-fé objetiva e, chegar a um resultado justo, faz-nos ratificar a tese da inerente imbricação entre os princípios sociais do contrato;
- d) a reconhecida imbricação entre os princípios, comum na doutrina e na jurisprudência, colide com os argumentos de Wieacker. Segundo o autor “ considerar la cláusula general de la buena fé como un simple <derecho equitativo> significaría, en última instancia, renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica”;²⁵⁴
- e) o juiz, ao se reportar ao princípio da boa-fé, enfatizou que ele se dirige a todos os participantes da relação contratual. Neste diapasão, transportando para o Código de Defesa do Consumidor, teríamos a materialização do que denominamos sub-princípio da harmonização os interesses dos participantes da relação de consumo;

²⁵³ STJ REsp 256.456 – SP (2000/0039981-7). Relator Min. Ruy Rosado de Aguir.

²⁵⁴ Cf. *El principio general de la buena fé*, 1977, p. 28.

- f) o julgado, em tela, deixa claro a existência de adesão às condições gerais, na esfera contratual comum, e não como espécie contratual exclusiva da seara consumerista;
- g) e se a decisão fosse proferida sob a égide do novo Código Civil seria caso típico de resolução do contrato por onerosidade excessiva, com a violação de todos os princípios que fundamentam a teoria geral dos contratos.

Quanto ao entendimento do Tribunal de Alçada, podemos extrair as seguintes ilações:

- a) a maneira como o Tribunal de Alçada conduziu o processo revela a característica que permeou o entendimento do relator, ou seja, materializou todo o ranço da codificação de 16 e desconheceu por completo o reflorescimento do direito civil a partir da constitucionalização;
- b) ademais, pautou-se exclusivamente na letra da lei, em frontal colidência com a interpretação hermenêutica constitucional que impõe observância dos princípios sociais do contrato;
- c) optou pelo caminho mais curto de julgar, em consonância com os princípios contratuais clássicos, insertos no Código Civil de 16, a exemplo do princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*;
- d) como o relator não firmou convencimento da quebra do equilíbrio contratual, acolheu a pretensão da indústria no sentido de considerar legítima a cobrança do débito contra os citricultores, sendo legítimo o preço ser determinado pelas variações do mercado;
- e) rechaçou a hipótese de contrato de adesão, bem como da incidência dos elementos configurativos da Teoria da Imprevisão, por entender que dizia respeito a um contrato aleatório. Nesse viés o relator assim se pronunciou:

Não deve ser esquecido o princípio segundo o qual quem contrata livremente passa a ser escravo no contrato que celebrou (*pacta sunt servanda*), posto que nenhuma prova foi produzida que demonstre estarem as vontades com os alegados defeitos (erro, dolo ou coação) ou que houve manipulação dos dados apresentados pela indústria[...]

[...] as partes deste processo estão vinculadas por um contrato aleatório, razão pela qual não se aplica a Teoria da Imprevisão[...]

É que no contrato aleatório não há equivalência entre as prestações, que são dissemelhantes, sendo certo mesmo que a prestação de uma das partes pode até mesmo, conforme o caso nem ter que ser prestada. Nessa espécie de contrato, a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte.²⁵⁵

É surpreendente como uma Câmara de um Tribunal de Alçada, cuja premissa básica é a experiência dos doutos julgadores filiar-se a um posicionamento completamente colidente com a Constituição e ignorar as transformações do direito civil. Simultaneamente maculou o reconhecido papel exercido pela jurisprudência neste processo de transformação, ou seja, uma jurisprudência responsável e comprometida com os anseios sociais, o que não foi observado pela Eg. Câmara. Houve, pelo Tribunal de Alçada, uma desafortunada tentativa de aplicação dos princípios clássicos do contrato à situação em tela.

Em várias ocasiões manifestamos o entendimento de que os princípios clássicos do contrato não deixaram de existir, mas desde que conformados aos princípios sociais do contrato e em especial com a Constituição Federal.

O posicionamento da Eg. Turma é, no mínimo, ilustrado pelo que há de mais conservador e anacrônico em termos de interpretação contratual. É a aplicação do direito civil, nos moldes liberais, em total dissonância com a realidade social.

Em sede de recurso especial, cujo relator foi o insigne Min Ruy Rosado de Aguiar, reconhecidamente de vanguarda nos seus posicionamentos. No caso específico buscou assegurar a harmonia de seu tempo.

Acertadamente, o relator conheceu do recurso e lhe deu provimento, no sentido de restabelecer a sentença monocrática. Nada mais coerente que o STJ defenestrar a horrenda e repulsiva decisão da Câmara do Tribunal de Alçada.

CAPÍTULO X
OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO NO MOSAICO
DAS INCERTEZAS

Sumário: 1. Estado neoliberal ou Estado regulador ? 2. O Estado intervencionista 3.A crise do Estado social.4. As dimensões do neoliberalismo, da pós-modernidade e da globalização econômica 5. O Estado social em transformação na dimensão da cidadania

²⁵⁵ **STJ REsp 256.456** – SP (2000/0039981-7). Relator Min. Ruy Rosado de Aguir.

1. Estado neoliberal ou Estado regulador ?

Indubitavelmente, tratar de Estado nos dias atuais, talvez seja a questão mais difícil e instigante para qualquer área do conhecimento científico.

Navegar nos fatos possibilita compreender o cenário presente e intuir o futuro, mas esta lógica nem sempre funciona, principalmente levando em conta a velocidade como esses mesmos fatos mudam, propiciando uma série de perplexidades e complexidades. O Estado de hoje não é o de ontem e tampouco será o do amanhã.²⁵⁶ Enfrentar a problemática sobre o novo papel do Estado encontra espaço mais apropriado no terreno das incertezas movediças do que no campo das certezas cimentadas.

É riquíssima a diversidade de temas emergentes correlacionados à questão estatal, tais como: o político, o econômico-comercial, o jurídico, o cultural, o social, o religioso, os avanços da medicina, os avanços tecnológicos. Lógico que não iremos abordar todas estas perspectivas, mas somente aquelas mais estreitas ao nosso campo de investigação.

Nossa sociedade, sem dúvida, é expectadora das mudanças, mas qual será a nova roupagem estatal? Quais serão as funções estatais? Quais serão os limites estatais ? E a globalização se curvará ao Estado nacional ou este àquela?

O momento suscita muito mais dúvidas, sem as correspondentes respostas. Logicamente, nossa pretensão não é encontrar a solução para a temática estatal, pois seria muito ousadia, mas contribuir com o debate e até mesmo aproveitar o ensejo para problematizar, muito mais que propor soluções.

Dessarte, começamos com alguns questionamentos:

- a) o Estado social concluiu seu ciclo?

²⁵⁶ Esta ilação pode ser depreendida a partir da analogia estabelecida com direito privado do futuro. A respeito as palavras de Nicolò Lipari. Segundo o autor, o futuro exprime a autêntica temporalidade, indicando a insuficiência do presente e a natural finitude do tempo. Ver *Possesso dell'informazione. Il diritto privato futuro*, 1993, p 60.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli. Segundo o autor o direito é um fenômeno artificial, e, logo seu futuro depende de como é construído e do desejo dos homens. Ver *Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie. Il diritto privato futuro*, 1993, p. 13.

- b) o Estado social converteu-se em Estado regulador?
- c) os princípios sociais do contrato permanecerão na hipótese de consolidação do Estado reduzido pela globalização econômica?

A premissa fundamental e coincidente é que as diversas correntes que se lançam no mar das incertezas, na tarefa de se apropriarem do cenário futuro, reconhecem que o papel do Estado mudou.

Nessa senda, temos a primeira resposta: o Estado social não desapareceu continua existindo, mas transformado, modificado nas suas estruturas fundamentais. Os demais questionamentos, por ora serão deixados de lado, em face da necessária conjugação de outros elementos subsidiários que emergirão ao longo do desenvolvimento do capítulo para suas respostas.

Inúmeras são as dúvidas que pairam sobre o cenário futuro, se o Estado consolidará a feição mínima ou a de regulador. Todavia, para atenuar tamanhas inquietações e verificar o possível diálogo com os princípios sociais do contrato fazem-se necessárias rápidas considerações sobre um e outro modelo.

Malgrado as declaradas transformações do Estado, seria salutar, antes de desbravar o futuro, ter conhecimento do passado; para tanto, alarga-se o espectro de investigação renovando as considerações sobre o Estado interventor e o Estado social, com a respectiva interlocução com os princípios contratuais.

2. O Estado intervencionista

No Estado liberal, prevaleciam os princípios contratuais clássicos da autonomia privada, da obrigatoriedade e da relatividade subjetiva. O contrato, além de densificar os interesses individuais, servia à lógica do mais forte espoliar o mais fraco, ou seja, rechaçava quaisquer elemento de igualdade material.

Não tardou para vir à tona o real desequilíbrio das relações econômicas e a verticalização dos interesses contrapostos refletidos através dos contratos. Foi necessária a crescente presença do Estado, mediante o processo de intervenção, para prevenir e dirimir os

conflitos sociais cada vez mais intensos. Assim o Estado sai da condição de coadjuvante, agigandando-se e se transformando em agente regulador e explorador direto das atividades, até então desenvolvidas pelo setor privado.

Verifica-se a intervenção simultânea do Estado nos dois segmentos: enquanto regulador, através da inserção de normas cogentes e enquanto detentor da competência para explorar diretamente as atividades. Há uma concentração de papéis nas mãos do Estado. E essa concentração alcança o ápice da intervenção estatal. A condução dos negócios pelo Estado e o compromisso de assegurar a pauta dos direitos sociais se constitui no chamado Estado Social. A Constituição de Weimar (1919) já revelava o novo campo de atuação do Estado, mas seu apogeu se deu após a Segunda Guerra Mundial e assumiu diferentes formas de acordo com o país:

o New Deal nos Estados Unidos, o Estado do Bem-Estar na Europa (após o período de fascismo e nazismo na Itália, na Espanha e na Alemanha) e diferentes tipos de Estados desenvolvimentistas no Japão e no mundo subdesenvolvido, onde a maioria dos países acabava de se libertar do jugo colonialismo.²⁵⁷

A configuração dos países, após o fim do segundo conflito mundial, foi movida pela divisão entre socialistas e capitalistas, mas curiosamente daí até a década de 70, para uns, ou 80 para outros, representou um período de crescimento econômico e desenvolvimento social tanto para um, como para outro bloco, sem precedentes na história.

No campo jurídico, aos contratos são aditadas dimensões sociais, de maneira a inverter a ordem de prioridades, do individual para o social. Princípios como o da função social, da boa-fé e da equivalência material passam a permear a estrutura contratual. Parte-se da premissa de que o equilíbrio contratual depende da proteção legal.

Todos os contratos, institutos eminentemente privados, encontram-se funcionalizados à Justiça social. O contrato se vê obrigado a equacionar as duas vertentes, ou

²⁵⁷Osvaldo Sunkel. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira et. al. (org.)1999, p.182.

seja, não se volta apenas à realização dos interesses econômicos das partes, mas à proteção e à realização da cidadania. Daí a ênfase dos princípios sociais na configuração contratual.

Aditados aos princípios sociais do contrato, verifica-se no Estado social uma preocupação com a tutela de direitos dimensionados na cidadania, a exemplo da defesa do consumidor. Do paraíso ao declínio. Eis o desenho que se forma após o ápice do Estado social.

3.A crise do Estado social.

Inúmeros fatores contribuíram para o declínio do Estado social. Dúvidas existem quanto ao momento exato dessa crise, com referências tanto à década de 70 quanto à de 80 do século XX. O fato é que o casamento entre sociedade e Estado começava a dar sinais de desarmonia.²⁵⁸

Para os cultores do neoliberalismo, a visível incapacidade do Estado de dar continuidade ao modelo de provedor dos direitos sociais, aliado a outras circunstâncias fomentadoras da crise do keynesianismo, representou o fim do Estado social.

Alguns países entraram então num período de decadência, e outros chegaram mesmo a uma falência total. Foi nesse contexto que surgiu e tomou força a nova era de integração internacional que agora chamamos de globalização. Também ela tem se caracterizado por uma nova revolução tecnológica, institucional, financeira e ideológica: o neoliberalismo.²⁵⁹

Estava definitivamente desintegrado o mundo keynesiano, ideologia entendida como o compromisso entre as classes, sob o controle do Estado.

De fato, o keynesianismo manteve, desde o pós-guerra, a expectativa de que o Estado poderia harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia. Ele acabou fornecendo as bases para

²⁵⁸ Para Pedro Mercado Pacheco, aliado aos fatores que determinaram a crise do Estado social é de se incluir o surgimento da análise econômica do direito como teoria renovadora do discurso jurídico, em razão da ruptura do consenso político vigente, que instigou a busca de caminhos alternativos nas outras disciplinas sociais. Ver **El análisis económico del derecho**, 1994, p. 204.

um compromisso de classe, ao oferecer aos partidos políticos representantes dos trabalhadores uma justificativa para exercer o governo em sociedades capitalistas, abraçando as metas de pleno emprego e da redistribuição de renda a favor do consumo popular. O Estado provedor de serviços sociais e regulador de mercado tornava-se mediador das relações – e dos conflitos – sociais.²⁶⁰

Ainda sobre a crise do Estado social, reportamo-nos às contribuições de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência privada, assistência aos desamparados, sobretudo) ou do Estado-providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois se dirige à redução do estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal.²⁶¹

Também encontramos em Boaventura de Souza Santos arrimo sobre a crise do Estado social. Segundo ele, esta fragilidade coincide com a exaltação do discurso neoliberal demonstrando a ineficiência de um Estado, naquelas dimensões e de natureza burocrática, na gestão dos recursos e com o período de privatização maciça dos serviços sociais do Estado, como segurança social, saúde, educação, entre outros, afora o crescimento galopante do desemprego.

²⁵⁹ Osvaldo Sunkel. op. cit., p.183.

²⁶⁰ Gilberto Dupas. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira et. alli (org.) 1999, p. 225.

²⁶¹ Cf. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Revista de Informação Legislativa**, 2001, p. 100.

Embora o autor reconheça a ineficiência do Estado na gestão dos recursos e crendo na eficiência do mercado para gerí-los, não obstante reconhece sua ineficiência, quando não sua total perversidade no que toca à equidade na distribuição dos recursos, antes confiada ao Estado.²⁶²

Quer do ponto de vista interno ou externo, vários fatores concorreram diretamente para a instauração da crise do Estado social, mas nenhum deles foi tão contundente e decisivo quanto as transformações ocorridas no cenário internacional, mediante a propagação das idéias neoliberais e do fenômeno da globalização.

Nesse mesmo sentido, encontramos as contribuições de Capella referentes à crise do Estado do Bem-estar. Segundo o autor, antes da crise propriamente dita do Estado, aparecem as limitações, ou seja, a crescente dificuldade das políticas distributivas fazerem frente ao excesso de demandas sociais.

Das crescentes limitações exsurge a crise e ganha notoriedade a doutrina neoliberal, reduzindo o Estado do Bem-estar a pouco mais que Estado de assistência, mediante a compressão dos direitos sociais e da inversão dos efeitos da crise econômica restando favorável às classes dominantes.²⁶³

O momento denunciava a incapacidade do Estado-nação para reverter aquela situação de provedor. Era imperioso o Estado passar por uma profunda revisão dos seus postulados, com base nas transformações incidentes na economia, na política e na sociedade, oriundas do neoliberalismo e da globalização.

²⁶² Cf. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira et. al. (org.) 1999, p. 255. Ver ainda do mesmo autor **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2000, p. 56-57. Na obra o autor faz uma crítica ao desenvolvimento desarmonioso dos três princípios da regulação – Estado, mercado e comunidade e afirma que assistimos ao desenvolvimento excessivo do princípio do mercado em detrimento do princípio do Estado e do princípio da comunidade.

²⁶³ Juan Ramón Capella. **Los ciudadanos siervos**, 1993, p. 94- 95.

O Estado provedor, em face da estagnação econômica que o abatia, perdia a credibilidade dos seus cidadãos que, ao mesmo tempo, eram cooptados pelo sedutor discurso do crescimento econômico e do desenvolvimento social, em decorrência da adoção da doutrina neoliberal, do estado reduzido, das virtudes do mercado e do fenômeno da globalização.

Apesar do cenário das incertezas quanto aos rumos do Estado social, há um fato no mínimo paradoxal e ensejador de perplexidade. Como justificar a proclamação por alguns países do fim do Estado social, inclusive da América Latina, se, no Brasil, a Constituição que é praticamente do final da década de 80, ou seja, no auge da crise do Estado social, materializa com tanta veemência esse modelo, procurando restaurar o compromisso keynesiano de democracia social, mediante a harmonização da propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia ? Na mesma senda, o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, que é posterior a Constituição, manteve viva a chama do Estado social.

4. As dimensões do neoliberalismo, da pós-modernidade e da globalização econômica

Aqueles que festejam a crise de paradigma como o fim do Estado social enxergam a nova feição estatal dotada de colorido neoliberal.

Os que levantam a bandeira do neoliberalismo estão interessados em que as regras do jogo econômico sejam ditadas pelo mercado e pelos seus articuladores - os especuladores, ou seja, o número de ganhadores neste processo é infinitamente menor que o número de perdedores, logo não há quebra da hegemonia da elite econômica. Em conformidade com os que defendem a liberdade econômica, há o acolhimento da liberdade de contratar destituída de função social, isto é, o interesse de um pequeno grupo teria um espectro de atuação maior em detrimento do interesse social.

Nesta mesma linha, encontramos as contribuições de Gilberto Dupas:

O mercado tendeu a ser reabilitado como instância reguladora por excelência das relações econômicas e sociais no capitalismo contemporâneo. A este entidade caberia determinar, inclusive, o tipo e a quantidade de investimento da economia, decisão privada com profundos impactos públicos.

A idéia de que o Estado tende intrinsecamente à ineficiência e portanto deve ser mínimo voltou com toda a força.²⁶⁴

A ideologia neoliberal contrasta com a proteção dos direitos econômicos e sociais tão afortunados durante o Estado social. Enquanto nesse é preclaro tratar-se de regra de inclusão, naquele prevalece a tese da exclusão, pois a concentração recai nas mãos das grandes empresas detentoras do capital que, tendencialmente, formam monopólios e cartéis, subvertendo a opção de escolha, simultaneamente, dificultando a realização dos princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência.

No campo jurídico, as repercussões do neoliberalismo recaem na tese da pós-modernidade e condensam duas acepções: a mais ampla consiste em desenvolver uma teoria jurídica que dialogue com as antinomias, com as diferenças, com as incertezas e os questionamentos, enquanto a acepção mais específica recairá na configuração contratual e nos princípios informativos.

Diz Antônio Junqueira que a pós-modernidade deteria três características básicas que atingem em cheio o direito. Seriam elas: a crise da razão, a hipercomplexidade, com justaposição das diversidades, e inter-ação. A crise da razão ficaria demarcada através da falta de segurança jurídica no enfrentamento dos questionamentos e dúvidas inerentes à pós-modernidade. A essência das coisas não se alcançaria mais com base na realidade, mas sim em termos da forma de pensar acerca daquela realidade. A segunda nota característica recairia na hipercomplexidade que importaria na aceitação de várias fontes do direito, acabando de vez com o monopólio legislativo estatal. A característica da inter-ação seria a descontextualização do sistema, no sentido de que seria possível questões sociais serem dirimidas fora da instância jurídica. Portanto o direito perderia também o monopólio do judiciário na resolução das questões. No plano contratual, noções vagas, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais como a da boa-fé e a função social fariam parte do antigo

²⁶⁴ Cf. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira et. al. (org.) 1999, p. 226.

paradigma, pois o novo modelo exigiria vetores materiais concretos e precisos, diretrizes dotadas de conteúdo e não fórmulas vazias que tudo fariam depender do juiz.²⁶⁵

Em defesa das cláusulas gerais, portanto posicionamento oposto ao de Antônio Junqueira, encontramos em Judith Martins Costa a idéia de que a construção e reconstrução do Direito Privado, na contemporaneidade, somente faz sentido à luz das cláusulas gerais. Ao contrário da técnica legislativa, àquelas contêm a assinalada vantagem das janelas abertas para a mobilidade da vida, em razão da tessitura aberta, fluida ou vaga permitindo sua construção progressiva pela jurisprudência.

Assim, as cláusulas gerais, mais do que um caso da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.²⁶⁶

Diante das duas ordens de argumentos, nos filiamos a esta última, pois a impressão resultante dos argumentos de Antônio Junqueira, salvo melhor juízo, é de que os princípios, nesta acepção perdem sua primazia. Este é o ponto fucral da discordância, ou seja, defendemos que os princípios justamente por possuírem uma flexibilidade maior, são mais apropriados para enfrentar o momento de relativização e dúvidas que pairam sobre o direito. A propabilidade de sobrevivência dos princípios, tanto em relação ao tempo como ao espaço, é infinitamente maior que as regras e ao mesmo tempo desempenha um papel transformador

²⁶⁵ Cf. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, 2000, p. 125.

²⁶⁶ Cf. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 25-26.

das relações jurídicas. Inegavelmente, as proposições do autor são de extrema ousadia e encontram ambiência adequada às idéias da pós-modernidade.

Outro fervoroso defensor da pós-modernidade é Erik Jayme. Segundo ele, a pós-modernidade também exige uma mudança estrutural do direito. Esse deve ser marcado pelas antinomias, pelo impulso de enfrentar dúvidas e inquietações, pelo resguardo de valores como a pluralidade, a coexistência de diferentes culturas, opinião que não difere muito da esposada por Junqueira.

Segundo Jayme a pluralidade é necessariamente o respeito à identidade cultural de cada um, importa numa complexa construção normativa baseada em estilos de pensamento e formas de manifestação distintas:

Quando escolhemos a pessoa, o ser humano, como ponto de referência, abre-se um fascinante campo para a comparação. Nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem a figura criada da pessoa média. São as expectativas e visões de mundo desta figura irreal que ajudam a interpretar e concretizar os conceitos de direito, os conceitos indeterminados e cláusulas gerais. É esta construção humana a projeção das valorações e visões nacionais, que podem ser bastante diferentes de nação para nação.²⁶⁷

Francesco Galgano se reporta a sociedade pós-industrial como sociedade das finanças, sucessora da sociedade industrial, na qual a riqueza recai nos bens imateriais e o contrato é o principal instrumento dessa inovação jurídica.²⁶⁸

A hesitação também engrossa o rol das preocupações no plano privatista. Daí renovarmos os questionamentos anteriores.

Dessarte, os princípios sociais do contrato permanecerão ou render-se-ão ao bombardeio da claudicante doutrina neoliberal, cujo fundamento tem a conversão em dogma absoluto a política do livre mercado?

²⁶⁷ Cf. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 33.

²⁶⁸ Cf. I rapporti di scambio nella società post-industriale. **Il diritto privato futuro**, 1993, p. 67-72.

Estaremos diante do *revival* dos princípios clássicos do contrato? E as relações de consumo ficarão comprimidas à política do livre mercado? Acrescentem-se mais estes questionamentos ao mosaico das problematizações.

Um aspecto que merece breves comentários, diz respeito ao Programa Nacional de Desestatização. A apreciação tem por fito verificar a interlocução da desestatização com a defesa do consumidor.

O Programa Nacional de Desestatização, atualmente é regulado pela Lei nº 9.491/97. Segundo a lei, desestatização é: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.²⁶⁹ Quanto aos objetivos fundamentais do Programa, há o de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público,²⁷⁰ além de permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.²⁷¹

Fazendo-se a compreensão deste dispositivo à luz dos princípios fundamentais da Constituição Federal, chegaremos a seguinte conclusão: a defesa do consumidor, enquanto direito fundamental e inserido na perspectiva da cidadania está entre as prioridades nacionais, conseqüentemente, está para além do Programa Nacional da Desestatização, ou seja, mesmo o Estado reformando seus postulados básicos, a defesa do consumidor encontra *locus* privilegiado.

Dessarte, concluímos que na desestatização, embora localizada como uma das finalidades da acalentada ideologia neoliberal, o Estado social permanece com a sua atividade reguladora.

²⁶⁹ PND – Art. 2º § 1º .

[\(Vide Medida Provisória nº 2.161-35, de 23.8.2001\)](#)

²⁷⁰ PND – Art. 1º, I.

Em regra, o neoliberalismo encontra-se associado ao fenômeno da globalização, porém diz respeito a ordens de idéias distintas que, embora próximas, não se confundem.

A globalização é um fenômeno complexo que pode ser apreciado sob diversas perspectivas, congrega várias conceituações. É um dado da realidade irreversível, concernente a um modelo de desenvolvimento, cujo efeito baliza indistintamente todos os países do mundo.

Por coerência, fixaremos-nos na dimensão da globalização econômica, utilizando uma definição simples, no entanto, com autoridade para traduzir a grandiosidade que a envolve. “Trata-se de um conjunto de mudanças estruturais da economia global, que alteram as opções dos Estados Nacionais, empresas, classes sociais, gerações e indivíduo”.²⁷²

Também a respeito do tema, Gláucio Veiga emite a seguinte opinião:

é um processo econômico que passa a considerar o Mundo, o globo, como único mercado. Foi processo lento: iniciando-se no século XIX com a Revolução Industrial e o apogeu do Capitalismo e com sua última etapa, o Imperialismo e que somente agora torna-se realidade e possibilidade através da tecnologia da informática [...].²⁷³

A globalização é um fenômeno complexo e traz, entre tantas outras preocupações, a necessidade de reflexão acerca dos efeitos decorrentes dos novos paradigmas. Mas até agora há um desconhecimento generalizado dos seus efeitos agregados.

O certo é que os sinais emitidos refletem um contexto de exclusão social e de pauperização econômica entre vários países. E aqueles que conseguem sobressair dessas variáveis se deparam com regras rigorosíssimas, obstando a entrada no seleto grupo dos ricos. Deste diferencial exsurge a linha divisória entre aqueles que têm acesso, daqueles outros à margem do processo de desenvolvimento econômico.

²⁷¹ PND – Art. 1º, V.

²⁷² Jorge Tapia. A nova cultura democrática. **Jornal do Seminário Nacional da ABONG**, 29/30/08/97 .

²⁷³ Gláucio Veiga. **Constituição econômica**. (texto inédito) p. 07.

A fundamentação da *lex mercatoria* destituída de qualquer compromisso com os princípios sociais do contrato e com o macrop princípio da justiça social, ganha vulto se inserida num processo de globalização da economia, sem a presença firme do Estado nacional, ladeado pelos organismos supranacionais, no sentido de balizar os interesses individuais insistentes em sobrepor-se aos interesses sociais.

Em síntese apertada, todo o aparato montado à defesa do consumidor ao longo dos tempos, restará comprometido na hipótese de se deixar à mercê do mercado a regulação das relações contratuais.

Após as devidas considerações sobre o neoliberalismo e a globalização armamos de autoridade para concluir que apesar das pressões de todas as ordens, o Estado social sobrevive. Ele não foi banido como anunciaram os neoliberais. É fato todavia que o Estado passou por transformações profundas, mas o grande desafio consiste em desbravar as incertezas que lhes são inerentes e contextualizá-lo para além da doutrina neoliberal e do cenário globalizado.

Um aspecto muito interessante é o suscitado por Fábio Konder Comparato ao demonstrar a indispensabilidade do Estado Social de Direito nos Estados fundamente marcados pelo neoliberalismo:

A verdade é que a orientação finalística da ação governamental, em que pesem as proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, existe até mesmo nos Estados mais fundamente marcados pelo neoliberalismo triunfante. [...]

Mas é, obviamente, com o Estado Social de Direito que a reorganização da atividade estatal em função de finalidades coletivas torna-se indispensável.

A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O estado social é,

pois, aquela espécie de Estado Dirigente, em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas dirigem efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas.²⁷⁴

É por esta e por outras razões, que fomos persuadida pela tese que o modelo o qual se avizinha, embora *in fieri*, denota um Estado social com cariz regulatório.

5. O Estado social em transformação na dimensão da cidadania

Os fatos demonstram que a onda laudatória da globalização econômica e do neoliberalismo não foram suficientes para destruir o Estado social, mas contribuíram para sua reformulação; entretanto a mudança de alguns de seus fundamentos do Estado social, não autoriza vislumbrá-lo como Estado mínimo próprio do estágio liberal. Em verdade, o que entrou em crise foi sua dimensão de Estado providência, mas juridicamente permaneceu sua característica essencial de intervenção na atividade econômica ou de limitação do poder econômico.

A transformação, paradoxalmente, se dá pelo aumento de intervenção no domínio econômico, na dimensão regulatória, na exata proporção da sua redução como executor direto. Esta é mais uma razão para renovarmos nossa crença de que o modelo que se avizinha, conflui à consolidação de um Estado social com cariz regulatório.

Quando o Estado dirige e exerce diretamente a atividade econômica, a preocupação com a regulação é mínima, pois presume-se atendendo ao interesse social.

Em suma, a regulação, embora represente a redução do Estado empreendedor ou empresário, não perde seu caráter interventivo e tampouco sua natureza social.

A propósito, diz Paulo Luiz Netto Lôbo:

²⁷⁴ Cf. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 16.

Na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional ou a “mão visível” do Estado.²⁷⁵

Vários outros aspectos contribuem para corroboração da tese do Estado social, com cariz regulatório. O primeiro deles justifica-se no fato da sociedade ser cada vez mais consciente e exigente dos seus direitos, bem como no reconhecimento do quanto é imprescindível à ela a permanência da ordem econômica e social sob a égide constitucional, como pressuposto do exercício da cidadania. O direito do consumidor é um excelente exemplo para ilustrar esta conquista social, sendo inconcebível dissociá-lo de regulação. A importância da defesa do consumidor não pode perder de vista essa dimensão legal.²⁷⁶ Adite-se o fato que a defesa do consumidor promove a inclusão social.

A respeito, salientamos a importante contribuição de Pietro Barcellona ao identificar o tema da cidadania no contexto do Estado social. Segundo o autor, da feição estatal, a cidadania passaria a ser identificada na perspectiva de novos paradigmas. Nestes termos, exsurgiria a cidadania social além da cidadania política e da cidadania civil, identificadas com o Estado liberal. Assim a cidadania social surgiria como o conjunto de expectativas que cada cidadão exprime perante o Estado, para obter a garantia de segurança de vida e de trabalho, necessárias para dar conteúdo de dignidade e de liberdade à existência individual. A cidadania aparece como norte para processos de emancipação, de modernização e de mudança. O reconhecimento da cidadania como elemento imprescindível ao processo de emancipação. Neste diapasão, seria necessário utilizar-se do critério da seletividade das intervenções voltadas a compensar a desigualdade e a pobreza determinadas pelo livre jogo do mercado e do caráter privado da iniciativa econômica produtiva.²⁷⁷

²⁷⁵Cf. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Revista de Informação Legislativa**, 2001, p. 100

²⁷⁶ A respeito ver Cláudia Lima Marques. **Qual o futuro do direito do consumidor ?** Revista Direito do Consumidor, 1999, p. 225.

A globalização econômica representa o grande desafio ao direito do consumidor; contudo importa dimensioná-la como momento do capitalismo moderno e não como processo homogenizador. A globalização apresenta-se como contraditória e seletiva, enquanto que o direito do consumidor é, eminentemente social e de inclusão, portanto lançando o grande desafio de equacionar as duas forças antagônicas.²⁷⁸

Com base nisto, encontramos mais uma vez suporte nas contribuições de Paulo Luiz Netto Lôbo.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social.²⁷⁹

Em suma, enquanto houver constitucionalização da ordem econômica social e econômica, haverá Estado social, ainda que prevalentemente regulador.

É certo o reconhecido déficit com a sociedade dos direitos sociais e econômicos, previstos na Lei Maior, mas não houve negação da sua natureza e importância para cidadania. O que significa que permanece intacto o compromisso com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social.

²⁷⁷ Pietro Barcellona. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**, 1995, p. 51 – 54.

²⁷⁸ A respeito ver Ronaldo Porto Macedo Jr. Globalização e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 1999, p. 45.

²⁷⁹ Cf. Constitucionalização do direito civil **Revista de Informação Legislativa**, 1999, p. 102.

O mesmo se verifica no pilar designativo do trânsito jurídico, ou seja, nos contratos. Os princípios sociais do contrato e os princípios contratuais de consumo continuam informando a atividade econômica.

Talvez para muitos estes argumentos não passem de uma visão romântica da perenidade da Constituição, em especial a nossa, mas o fato é que, apesar de tudo, a Constituição não perdeu sua supremacia no sistema normativo aberto de regras e princípios. Afinal, não se pode ter uma concepção clara e precisa de Estado social, sem a dimensão da força normativa da Constituição, na expressiva e afortunada estilística de Peter Haberle:

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição, e então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.²⁸⁰

Os números revelam a progressão do número de excluídos do processo de mercado globalizado inversamente proporcional ao número de incluídos. A realidade atual demonstra que a globalização econômica é destituída dos princípios sociais do contrato, porque antagoniza o Estado regulador.

Hans Kung traz uma valiosa contribuição da necessidade da regulação estatal nas relações econômicas. Valendo-se, inicialmente, do pensamento de Hans-Peter Martin y Harald Schumann:

Desde un punto de vista económico, la integración del mercado mundial es latamente eficiente. Pero en cuanto a la distribución de la riqueza generada, la máquina de la economía global dista mucho de ser eficaz a causa de la

falta de intervención estatal; el número de los perdedores supera con mucho al de los ganadores. Exactamente por eso, carece de futuro la política de integración global emprendida hasta ahora. El libre mercado mundial, sin garantía social del Estado, no puede mantenerse.²⁸¹

Em seguida, o mesmo Hans Kung sintetiza o perigo da globalização e do neoliberalismo destituídos de limites.

Si en el actual proceso de globalización se impusiera el criterio supremo del lucro, habría que contar con severas crisis y conflictos sociales; no debería engañarnos al respecto la actual fortaleza del capital y la relativa debilidad de los sindicatos. No se puede suponer que la sociedad en su conjunto fuera a aceptar, impasible, una vuelta al liberalismo del siglo XIX y a un capitalismo puro.²⁸²

O autor encerra suas considerações com base na crítica de Georges Soros, o maior especulador do mercado globalizado, dirigida aos governos, da premente necessidade da adoção de propostas práticas que regulem internacionalmente os mercados financeiros contra a desmesurada especulação.²⁸³

A ideologia neoliberal, que vem a galope na globalização econômica, colide frontalmente com os postulados do Estado social, necessariamente intervencionista. É incogitável imaginar o retorno a um sistema anárquico, no qual prevalece a lógica do mais forte sobre o mais fraco em espiral de exclusão.

Na mesma linha, Clauss Offe afirma que a excessiva confiança nos mecanismos de mercado não passa de falácia e ilustra seu raciocínio demonstrando que os mercados não dispõem de mecanismos auto-reprodutivos e nem auto-restritivos. Logo inexistente uma distinção clara entre itens mercantilizáveis e não-mercantilizáveis:

²⁸⁰ Cf. *Hermenêutica constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição, 1997, p. 13-4.

²⁸¹ Citados por Hans Kung. *Una ética mundial para la economía y la política.*, 2000, p.226.

²⁸² *Idem*, p.230.

²⁸³ *Idem*, p.230.

Dessa forma os mercados tendem a inundar todo o universo da vida social e mercantilizar tudo – a não ser que essa distinção seja imposta a eles de fora, através de uma proibição legal sobre seus limites e/o através de padrões de bom gosto e comportamento apropriado estabelecidos e impostos pela ética das comunidades.²⁸⁴

Quanto à questão suscitada pelo autor referente à tendência do mercado mercantilizar tudo da vida social, salvo se encontrar limites externos, reportamo-nos aos ensinamentos de Kant, quando estabelece a distinção entre coisificação e dignidade. A coisa que tem preço aceita equivalente, mas quando uma coisa não tem preço e, portanto, não aceita equivalente diz respeito à dignidade.²⁸⁵

Para Carmem Lúcia Antunes da Rocha:

O que se põe em relevo, contudo, é que o mercado há que estar a serviço de metas sociais e não a sociedade a serviço do mercado. Nem a lei do mercado haverá que dominar o homem e conduzir a sua necessidade. Antes, ter-se-ia, então, uma lei totalitária e sem fundamento de humanidade ou de humanismo. E, no entanto, é o homem que deve livremente afirmara a sua necessidade para que em sua direção se conduza o mercado. Principalmente, haverá que se elaborar sempre um Estado de Direito e um Direito do Estado no qual o homem não seja a moeda, mas o proprietário dela. Seja o homem o valor maior da vida social e não mero valor de troca por produtos.²⁸⁶

Fazendo uma ilação ainda que fatalista entre as duas situações, tem-se que, na lógica neoliberal, até mesmo o princípio fundamental da dignidade humana que informou todo o Estado social pode ser posto em xeque, mediante a sua transformação em objeto de valoração econômica.

²⁸⁴ Cf. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições de sociedade. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira et. al. (org.) 1999, p. 137. A respeito da insuficiência do mercado ver também Pietro Barcellona. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**, 1995, p. 352.

²⁸⁵ Cf. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, 1997, p.77.

²⁸⁶ Cf. Constituição, soberania e Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, 1998, p. 287.

Ver também Luiz Edson Fachin. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2001, p. 54. Ver ainda a interessante análise de Natalino Irti, relativa a relação entre solidariedade e mercado inserta em Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista de Diritto Civile**, 1997, p.188.

Outro aspecto interessante e ratificador da fragilidade da doutrina neoliberal recai na ausência de argumentos para explicar as transformações do direito contratual. Noutros termos, se de um lado o discurso neoliberal levanta a bandeira do Estado mínimo, ou do Estado que não regula, com a conseqüente liberdade do mercado, como explicar as constantes e crescentes exigências sociais e econômicas de regulação estatal?

Como exemplo, podemos citar as regulações voltadas ao controle do mercado, da livre concorrência, da defesa do consumidor entre outras.

Assim, concluímos com Paulo Luiz Netto Lôbo que afirma “o discurso neoliberal é a-histórico, o que temos cada vez mais é o advento do direito novo, acima de tudo como expressão da realidade social e dos valores que a sociedade está perseguindo”.²⁸⁷

²⁸⁷Cf. Direito contratual e constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, 2000, p. 245.

CAPÍTULO XI

OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE CONSUMO NA DIMENSÃO SUPRANACIONAL

Sumário: 1. Considerações prévias acerca da supranacionalidade. 2. A defesa do consumidor na dimensão supranacional e a atividade regulatória. 3. As leis de defesa do consumidor dos países do Mercosul. 4. Lei de Defesa do Consumidor da Argentina. 5. Lei de Defesa do Consumidor e do Usuário do Paraguai. 6. Normas relativas às relações de consumo do Uruguai. 7. O Código de Defesa do Consumidor em cotejo com as legislações consumeristas dos outros países do Mercosul. 8. O Código de Defesa do Consumidor do Mercosul. 9. A experiência brasileira do Estado regulador e o contratante consumidor.

1. Considerações prévias acerca da supranacionalidade

A defesa do consumidor encerra uma funcionalização da atividade econômica e os blocos econômicos têm por substrato o maior número de relações comerciais com seus pares e com o livre trânsito de produtos.

Na mesma proporção que cresce o interesse pelos blocos regionais, cresce na comunidade jurídica internacional a conscientização de que a defesa do consumidor não é um dado conjuntural, pois projetam-se os princípios contratuais de consumo no cenário futuro, integrando a pauta de compromissos do Estado regulador.

Antes de entrarmos, propriamente, na defesa do consumidor na dimensão supranacional, é necessário estabelecer considerações prévias sobre a prática integracionista.

Curiosamente, a experiência da integração é um ensaio exitoso do período pós 2ª guerra. O continente europeu destruído e arrasado economicamente, serviu de fator propiciador à implementação da unificação econômica européia. A meta da reconstrução foi privilegiada em detrimento dos antagonismos políticos e interesses econômicos.

A superação das diferenças, a vontade política dos governantes adicionados à afinidade cultural entre os países, foram os ingredientes profícuos. Com os Tratados de Paris (1951) e de Roma (1957) ganha vulto o processo de integração européia. O primeiro foi instituidor da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), dando origem a um modelo de estrutura supranacional. O segundo criou a Comunidade Econômica Européia (CEE) e o estabelecimento de um mercado comum, que entre outras metas, visou assegurar a livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais.

A integração européia representa um processo paradigmático, importa um contexto que vem se aprimorando e se consolidando ao longo de algumas décadas com o fito de mercado comum. O mesmo processo não se verificou na América Latina, onde os fatos políticos e interesses econômicos conduziram à prática isolacionista dos países.

A aproximação dos países perpassa pela necessária superação das fronteiras como também pela aproximação das legislações naqueles pontos que guardam semelhanças. O crescente processo de interdependência entre os Estados, se de um lado enfraquece o contexto de atuação local; por outro, fortalece as práticas supranacionais. Ao Estado resta a difícil tarefa de equacionar as dimensões locais e globais.

No âmbito interno, o reflexo dessa transmutação se dá no plano da mitigação da legitimidade estatal na condução e na decisão das questões, pois em grande medida estas ficam subsumidas ao contexto internacional.

A aproximação das legislações retira os pontos comuns do localismo das legislações nacionais e os integram à pauta da agenda dos núcleos de dimensões globais.

Atrelado ao fenômeno da formação de blocos regionais vem à tona a discussão e repercussão dos efeitos incidentes no princípio da soberania, pois sua concepção clássica é incompatível com a tendência integracionista.

Na prática, o contexto exige um redirecionamento de compreensão e dimensão do princípio da soberania, tendo em vista que encerra um poder político, imprescindível e intrínseco ao Estado decidir soberanamente seus rumos.

As relações internacionais sempre foram pautadas no princípio da cooperação, na reciprocidade, assegurando a convivência pacífica entre os Estados, nada colidindo com o princípio da soberania. Entretanto esse esquema clássico não encontra moldura nas exigências hodiernas da supranacionalidade.

A propósito do tema, a manifestação de Ivo Dantas:

Os efeitos da globalização, se manifestam em vários sentidos, indo desde a transformação do conceito de soberania, com a consequente preocupação sobre o fim do Estado-Nação, até o modo de operar-se a integração de tratados e Acordos Internacionais à ordem jurídico-constitucional.²⁸⁸

Paralela a idéia de integração regional vem a idéia de órgãos decisórios dotados de supranacionalidade. É em favor desses que os Estados-partes devem ceder ou transferir certas competências/poderes, até então ínsitos à soberania de cada um. Ressalte-se que ceder não significa a supressão da soberania interna, mas transferir em partes aquilo que possa ser objeto de repartição.

A proposta não implica voltar às costas à soberania interna, porém dar um cunho mais flexível e moderno ao alcance e a compreensão do princípio da soberania, em harmonia prestigiosa com o mundo globalizado.

O momento requer uma exegese mais arejada, moderna e flexível do conceito de soberania em prol das organismos supranacionais e do possível direito comunitário.

²⁸⁸ Cf. **Direito constitucional econômico**, 1999. p.106

Neste sentido, encontra-se arrimo nos argumentos de Armando Álvares Garcia Jr.

os estados engajados em um processo de integração não deixam de ser entes políticos soberanos. Todavia acordam entre si – por meio de tratados internacionais denominados tecnicamente “tratados constitutivos”- que, em relação a determinadas competências (comumente se emprega a expressão “parcelas de soberania”), renunciarão ao seu exercício individual, transferindo-as à entidade criada pelo tratado.[...]. Entretanto, e isso é bastante relevante, embora os Estados-Membros tenham acordado entre si a constituição das Comunidades e a elas transferido determinadas competências (“parcelas de soberania”), não estão eles totalmente subordinados às regras comunitárias. Na realidade, somente em relação àquelas matérias em que ocorreu a transferência (as denominadas “matérias reservadas”) tal subordinação ocorre, porque com isso expressamente concordaram os Estados.²⁸⁹

No contexto intragracionista, além da superação clássica do princípio da soberania, há também a necessária aproximação da legislação como fator indispensável ao fortalecimento da integração regional.

A imprescindibilidade da harmonização legislativa se justifica em razão dos impactos não ficarem adstritos à esfera econômica. Sua matiz atinge, indistintamente, os diversos segmentos sociais. Sendo assim, a harmonização é o pressuposto ao êxito do processo de integração.

Comumente se atribuí sinonímia aos termos unificação e harmonização, mas é equivocada a tese. Naquela há a pretensão de dotar os países envolvidos de uma legislação comum, todos confluem a um ordenamento jurídico único, as diferenças são desconsideradas. Detém um cunho mais rígido e inflexível.

No que toca à harmonização, é respeitada a autonomia das legislações nacionais, utiliza-se do recurso da convergência das normas gerais naqueles pontos semelhantes.

²⁸⁹ Cf. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno**, 1997, p. 103.

Acerca da distinção, valem as considerações estabelecidas por Haroldo Pabst:

À rigidez da unificação, na forma de direito supranacional com vigência em vários estados, buscou-se a alternativa de uma fórmula mais leve e arejada, encontrada na harmonização que significa, corretamente, a adaptação das legislações internas a uma diretriz comum tomada externamente. A escolha entre a unificação e a harmonização está intrinsecamente ligada à questão de como se quer uma comunidade econômica: com maior ou menor perda de soberania, construindo um Superestado ou cedendo o mínimo de individualidade para a autoridade central. Essa questão, como se vê, tem fundo filosófico, político e ideológico, parecendo claro que a opção pela forma mais atenuada da harmonização é a que mais se amolda aos princípios liberais e democráticos.

Por outro lado, a tarefa gigantesca de unificação pode ser substituída pela mera adoção uniforme de princípios gerais ou de pontos essenciais de determinada relação jurídica, o que também indica o caminho da harmonização como o mais adequado para atingir-se a uniformidade, ainda que parcial mas, sem dúvida no seu aspecto fundamental.

E entre a unificação completa, instituída em todos os níveis e que deve ser evitada, e o completo isolamento dos sistemas jurídicos dos Estados, que deve ser igualmente rejeitado, há um caminho intermediário que é o da harmonização.²⁹⁰

A harmonização traz à lume a abertura do sistema jurídico através da potencialização das cláusulas gerais e dos princípios. Impõe a postura crítica e alvissareira do magistrado que parte do estático plano do positivismo em direção ao deslumbrante universo da interpretação axiológica.

Saindo do plano macro e adentrando no plano micro, precisamente no que diz respeito aos contratos, a globalização econômica, através dos blocos regionais, intensifica o número de contratos internacionais, exigindo um papel mais atuante do direito internacional no sentido de encontrar mecanismos fortes de atividade regulatória, para refrear a sede da *lex mercatoria*.

²⁹⁰ Cf. **Mercosul**: direito da integração, 1997, p. 35-6.

Com esse mesmo viés, encontramos apoio em Boaventura de Souza Santos.

La expansión de las prácticas transnacionales y la necesidad de protegerlas jurídicamente llevó a los estados a desarrollar un derecho internacional privado. Debido a que este era un derecho del Estado nacional y podía, en consecuencia, entrar en conflicto con el derecho internacional privado de otros estados, se hicieron esfuerzos por armonizar estos cuerpos de leyes mediante la creación de leyes uniformes internacionales.²⁹¹

Feitas as considerações sobre os elementos essenciais ao processo da supranacionalidade, podemos retomar a questão inicial, ou seja, a defesa do consumidor na perspectiva supranacional.

2.A defesa do consumidor na dimensão supranacional e a atividade regulatória.

Para subsidiar o desenvolvimento do item, iniciamos trazendo alguns exemplos de como a defesa do consumidor é inserida no cenário internacional, em particular, nas resoluções de organismos internacionais como a ONU²⁹² e nos blocos regionais - União Européia²⁹³ e Mercosul²⁹⁴.

No que concerne à União Européia, é notória a evolução do direito do consumidor, mediante a crescente normativa jurídica nos âmbitos comunitários e nacionais. Entre os países da União Européia há clareza de que os mecanismos do mercado são insuficientes para garantir a proteção do consumidor. O processo de integração econômica tem como consequência inevitável a necessidade de proteger mais ainda os consumidores. E esta proteção se tem feito mediante o funcionamento do mercado regulado e controlado por uma série de disposições emanadas dos órgãos comunitários.²⁹⁵

O Mercosul, ao contrário da União Européia, não contempla na sua estrutura nenhum dos princípios basilares do direito comunitário, a exemplo do princípio da autonomia, da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, ou adoção da teoria monista em detrimento da teoria dualista, da aplicação direta do direito comunitário, do reconhecimento das normas jurídicas comuns e de órgãos reconhecidamente supranacionais, inclusive o

²⁹¹ Cf. **La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**, 1999, p.105.

²⁹² **ONU/ RESOLUÇÃO/39/248 16/04/1985**-“General principles for consumer protection.” (princípios gerais para proteção do consumidor – tradução livre).

“Government must set its own priorities for protection of consumers in accordance with the economic and social circumstances of the country, and the needs of its population; The promotion and protection of the economic interest of consumers; All enterprises should obey the relevant laws and regulations of the countries in which they do business”. Os governos devem definir as prioridades para proteção do consumidor de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e a necessidade da população; Promover e proteger os interesses econômicos do consumidor; Toda empresa deve obedecer as leis e as regulações dos países com os quais eles fazem negócio (tradução livre).

²⁹³ **Conselho da União Européia** relativa à política comunitária em matéria de consumidores (28/06/99).

- (1) “A fim de assegurar um nível elevado de protecção dos consumidores e de promover os interesses destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito á informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses;
- (2) As exigências em matéria de defesa dos consumidores deverão ser tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade. Verifica-se um aumento da interdependência entre essas outras políticas e acções e as iniciativas no domínio da política dos consumidores, bem como da interligação entre os interesses dos consumidores e os de outros grupos de interesses; [...]
- (12) A globalização dos mercados, a complexidade cada vez maior dos bens e serviços exige ainda uma maior cooperação e coordenação entre os Estados-Membros e a Comissão e um papel mais dinâmico para a Comunidade na defesa dos interesses dos consumidores europeus nas instâncias internacionais competentes”.

²⁹⁴ **GMC/RES/126/1994** – “Que o Mercosul tem como um de seus objetivos a busca da inserção competitiva das economias dos Estados Partes no mercado mundial e que a adoção de normas de defesa do consumidor compatíveis com padrões internacionais para este propósito”.

²⁹⁵ A respeito ver Roberto Dromi et ali. **Derecho comunitário**, 1996, p. 339 e 359.

Tribunal de Justiça Comunitário, ficando a esfera decisória circunscrita à instância governamental. Daí se extrai que o Mercosul é detentor de estrutura eminentemente econômica e não comunitária.

Bloco regional, aproximação das legislações e órgãos dotados de supranacionalidade, eis a tríade essencial a qualquer processo de integração. O único desses elementos que avançou, mas em marcha lenta, foi a tentativa de aproximação das legislações.²⁹⁶

Na solução de controvérsias, a opção do Mercosul foi a de seguir os procedimentos adotados pelo Protocolo de Brasília, o qual privilegiou o mecanismo da negociação direta, da intervenção do Grupo Mercado Comum e do procedimento arbitral.²⁹⁷

Bastante percuciente é a reflexão do professor Jorge Fontoura quanto à existência do Mercosul real e do Mercosul imaginário. Segundo ele, o plano real configura-se na discussão estabelecida nos canais políticos oficiais, o imaginário é a superação efetiva de tamanhas assimetrias entre os membros do Mercosul no sentido de constituir um mercado comum pleno.²⁹⁸

Apesar de todos os entraves e óbices ao sucesso do bloco é curioso o recorrente discurso da implementação eficaz das ações e políticas ratificadoras conjuntas, com vistas à superação dos atuais e tensos melindres econômicos desestabilizadores do Mercosul, de maneira a retomar o fortalecimento do bloco.²⁹⁹

²⁹⁶ Sobre supranacionalidade ver Carlos Eduardo C. Bastos. **O processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados**, 1997, p.16. Paulo Borba Casella. Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul – O desafio para os profissionais da área jurídica. **Ciência Jurídica**, 1996, p.436.

²⁹⁷ **Protocolo de Brasília**.

Sobre arbitragem ver Sálvio de Figueiredo Teixeira. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. **Revista Jurídica**, 1997, p. 28-29. Armando Alvares Garcia Jr. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno**, 1997, p.88. Jurgen Samtleben. Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia. **Revista de Informação Legislativa**, 1996, p.266.

²⁹⁸ Palestra proferida no dia 05/10/01, por ocasião da realização do **Seminário sobre Mercosul na UFPR**.

²⁹⁹ **Conselho Mercado Comum** – “Os presidentes reafirmam a prioridade que atribuem ao processo de integração e reiteram seu entendimento de que o Mercosul constitui instrumento eficaz para impulsionar a competitividade das economias dos Estados Partes, dinamizar sua inserção no plano internacional e incrementar a captação de investimentos produtivos. Reiteram, ademais, sua certeza de que o desenvolvimento do processo de integração constitui elemento essencial para assegurar o crescimento, a estabilidade econômica e níveis cada vez mais elevados de bem-estar social para os povos dos quatro países.”

3. As leis de defesa do consumidor dos países do Mercosul.

Apesar do Tratado instituidor do Mercosul ter omitido a defesa do consumidor de forma expressa, ela está subjacente aos interesses econômico, social, político e jurídico perseguidos pela integração regional.

O Código de Defesa do Consumidor do Mercosul encerra uma tentativa de harmonização da legislação, tendo em vista tratar-se de uma matéria com eixos comuns entre as legislações nacionais, pois o direito do consumidor apresenta-se como uma hipótese de harmonização possível.³⁰⁰

Gherzi, posicionando-se sobre os fundamentos da integração regional, salienta:

La integración económica aparece como una estimulación a la competitividad, a dimensionar el mercado, implica aumentar las opciones y se presenta como beneficioso a los consumidores, pues posibilita acceder en mejores condiciones a bienes y servicios y con ello a la posibilidad de mejores niveles materiales de vida.³⁰¹

A lacuna inicial foi paulatinamente suprida e hoje se identifica um complexo regulador destinado ao tema. Até aqui a observação recai na quantidade e não na qualidade ou no mérito do que foi produzido na seara consumerista.

Entre a lei consumerista brasileira e a lei argentina, a distância temporal não é tão grande (média de três anos). O mesmo não se verificou com as leis de defesa do consumidor do Paraguai (1998) e do Uruguai (1999). O surgimento das legislações consumeristas, nos países do Mercosul, no ápice da proclamada crise do Estado social, mais uma vez renova a tese de que a defesa do consumidor, mediante os princípios, detém *locus* privilegiado no Estado regulador e no direito de integração regional.

³⁰⁰ Sobre o tema ver Paulo Luiz Netto Lôbo. O direito civil na perspectiva do Mercosul. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, p. 234.

A harmonização da legislação consumerista, como matéria pertinente a este processo, está entre as finalidades do Mercosul. Antes de se chegar a este nível de maturidade legislativa há um estágio prévio que recai na análise comparativa das legislações, de modo a identificar os pontos convergentes e os divergentes existentes entre elas. A proposta de harmonização somente se torna viável após a compreensão exaustiva de cada texto legal.³⁰²

Como o objeto do presente trabalho recai na localização dos princípios sociais do contrato, nos contratos de consumo, o desenvolvimento deste item ficará circunscrito à localização dos princípios sociais do contrato (boa-fé, função social e equivalência material), bem como dos subprincípios contratuais de consumo (vulnerabilidade, harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e informação) nas outras legislações consumeristas dos países do Mercosul.

³⁰¹ Carlos Alberto Gherzi. Razones y fundamentos para la integración regional. **Mercosul – perspectivas desde el derecho privado**, 1993, p. 30.

³⁰² A respeito do CDC como matéria a harmonizar ver Cláudia Lima Marques. **O código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul**. A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul, 1994, p. 112.

Após a análise comparativa entre as legislações do Mercosul, teremos elementos suficientes para vislumbrar ou não a viabilidade da harmonização da legislação, pelo menos no aspecto principiológico.

Seguindo o critério cronológico, inauguramos a análise com a identificação dos princípios que permeiam a lei consumerista argentina.

4. Lei de Defesa do Consumidor da Argentina

Ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, a lei Argentina foi mais parcimoniosa quanto à explicitação dos princípios. (Lei nº 24.240/93, alterada pela Lei nº 24/999/98).

Dos três princípios sociais do contrato sobre os quais recai a apreciação e que perante o Código de Defesa do Consumidor, denominamo-nos de princípios contratuais gerais das relações de consumo, apenas o princípio da boa-fé aparece de forma explícita na lei argentina.

O princípio da equivalência material não está explícito na lei. Porém, materializa-se mediante as vertentes da interpretação favorável ao consumidor e a possibilidade do consumidor pleitear a nulidade de uma ou mais cláusulas do contrato, ou seja, privilegia a continuidade do contrato desde que seja mantido o equilíbrio do contrato. Já na Constituição, o princípio ganha dimensão explícita.

No que toca ao princípio da função social, julgamos que a lei argentina dificultou sua realização, pois, conforme o artigo destinado à definição de consumidor, passou a idéia de sinonímia entre consumidor e usuário, primeiro por ter se utilizado da partícula “ou” e também por ter esgotado a definição na figura do consumidor, ou seja, dar sinais de filiação à tese minimalista, em oposição a lei brasileira.

A dúvida se torna ainda maior se transportarmos à seara constitucional, pois esta se utilizou da partícula aditiva “e” em dissidência à lei consumerista. O que a aproxima da realidade brasileira.³⁰³ Ademais, silenciou sobre a proteção dos interesses econômicos do consumidor que de alguma forma é uma projeção do princípio da função social.

A lei consumerista argentina também não privilegiou, explicitamente, o princípio da dignidade da pessoa do consumidor, mas esta questão é resolvida na seara constitucional.

Quanto à presença dos princípios, alhures denominados de subprincípios das relações de consumo, perante o Código de Defesa do Consumidor, a lei argentina também foi parcimoniosa na explicitação, apenas o subprincípio da informação ganhou colorido, restando aos da vulnerabilidade e da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo o preenchimento do conteúdo mediante ilações deônticas.

Por fim, infere-se da lei argentina que o rol das cláusulas abusivas é taxativo, aspecto que também colide com o Código de Defesa do Consumidor.

5. Lei de Defesa do Consumidor e do Usuário do Paraguai

A lei de defesa do consumidor paraguaia pode ser localizada no entremeio do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Defesa do Consumidor da Argentina. Não obstante, a aproximação da lei com o modelo argentino é melhor sistematizada, realizando com mais veemência a defesa do consumidor.

Inauguramos a exposição identificando os pontos convergentes com o Código de Defesa do Consumidor e a semelhança já se verifica a partir do primeiro artigo da lei consumerista.³⁰⁴

³⁰³ **Constitución de la Nación Argentina.** Art. 42 (primeira parte)-“ Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo e digno”.

³⁰⁴ **Lei nº 1334/98** – Art. 1º “La presente ley establece las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos”.

A textura principiológica aberta da lei paraguaia também é ressaltada, nos mesmos moldes do Código de Defesa do Consumidor, inclusive guardando coincidência com o número do artigo.³⁰⁵

Merecedora também de comentário é a figura inovadora do consumo sustentável, prevista na lei.³⁰⁶ Pelo conteúdo do artigo, depreende-se uma aproximação com o sentido perquerido pela Constituição Federal/88, quando se reporta aos princípios gerais da ordem econômica (art. 170).

Quanto aos princípios contratuais gerais das relações de consumo, a lei paraguaia, aproxima-se do modelo utilizado na legislação argentina, ou seja, foi parcimoniosa na explicitação. Somente o princípio da equivalência material foi revelado no texto e deu tratamento em entrelinhas, curiosamente, ao princípio da boa-fé e ao da função social.

A parcimonia foi extensiva aos subprincípios das relações de consumo. Utilizou-se do subprincípio da informação e deixou a aferição dos subprincípios da vulnerabilidade e da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo a cargo das operações de preenchimento de conteúdo.

Apontam-se, para concluir, dois aspectos negativos que a lei paraguaia copiou da lei argentina, colidentes com o Código de Defesa do Consumidor. O primeiro diz respeito à adoção da teoria minimalista; segundo, o rol taxativo das cláusulas abusivas. Este segundo aspecto, todavia pode sofrer exceção, se porventura a segunda parte do artigo 7º da lei consumerista for compreendida como escora aberta que enxergue outras cláusulas passíveis de nulidade de pleno direito.³⁰⁷

6. Normas relativas às relações de consumo do Uruguai

³⁰⁵ **Art. 7º** (primeira parte)- “Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que la República del Paraguay sea signataria, de la legislación interna ordinaria, de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes, así como los que deriven de los principios generales del derecho”.

³⁰⁶ **Art. 4º** [...] g) “Consumo sustentable es todo acto de consumo, destinado a satisfacer necesidades humanas, realizado sin sovarcar, danñar o afectar significativamente la calidad del medio ambiente y su capacidad para dar satisfacción a las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

³⁰⁷ **Art. 7º** (Segunda parte) – “Las disposiciones de esta ley se integran com las normas generales y especiales contenidas en el Código Civil, el Título Iv de la Ley del Comerciante y otras normas tanto jurídicas como

Entre os países do Mercosul o único que a defesa do consumidor não está expressa em sede constitucional é o Uruguai. Mas a ausência não representa ausência de tutela. Fazendo-se a leitura constitucional, a partir de uma textura principiológica, emerge a defesa do consumidor.

A lei uruguaia contém um dispositivo que causa espécie em relação às demais, ou seja, prevê a hipótese de relação de consumo a título gratuito.³⁰⁸ Salienta-se que a compreensão deste artigo é feita conjuntamente com outro artigo.³⁰⁹

É uma situação não contemplada em nenhuma outra legislação de defesa do consumidor no âmbito do Mercosul. Se o objetivo da lei era a adoção da tese maximalista nas relações de consumo, não primou pela clareza, ao se reportar a eventuais relações de consumo, a título gratuito, ser equiparada e ganhar proteção legal como se relação de consumo fosse.

A dificuldade da compreensão recai na gratuidade da atividade, que via de regra é onerosa, tendo em vista tratar-se de uma atividade econômica materializada através de um contrato de consumo.

Deixando de lado esta imperfeição técnica, o lado positivo é a ampliação da incidência da lei, ao contrário das legislações anteriormente comentadas. De alguma forma, densifica o princípio da função social.

técnicas que se refieran a la prestación de servicios y suministros de cosas que hayan sido objeto de normalización. En caso de duda se estará a la interpretación más favorable al consumidor”.

³⁰⁸ Art. 4º “Relación de consumo es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”.

“La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo.

³⁰⁹ Art. 1º la presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo, incluidas las situaciones contempladas en el inciso segundo del artículo 4º de la presente ley.”

Outro aspecto positivo diz respeito ao rol das cláusulas abusivas ser meramente exemplificativo, mais uma vez adotou posição contrária as leis supracitadas.

Quanto aos princípios gerais, enalteceu expressamente o princípio da boa-fé e da equivalência material, densificando indiretamente o princípio da função social. No que diz respeito aos subprincípios das relações de consumo, seguiu a mesma senda das legislações anteriores, ou seja, somente o subprincípio da informação ganhou foro privilegiado, restando aos outros dois sub-princípios a permeabilidade implícita na lei.

7. O Código de Defesa do Consumidor em cotejo com as legislações consumeristas dos outros países do Mercosul.

Feitas as devidas considerações acerca das legislações consumeristas dos países do Mercosul é de se concluir pela compatibilidade, no plano principiológico, com os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

No plano cronológico, a Constituição Federal foi precursora da integração regional sendo seguida pelas outras Constituições, objeto de alterações, em face da assinatura do Tratado de Assunção.

A defesa do consumidor, alçada à condição de direito fundamental, em sede constitucional é comum entre os países do Mercosul, salvo a Constituição do Uruguai que deu tratamento implícito à matéria.

Tanto os princípios gerais das relações de consumo, como os subprincípios das relações de consumo extraídos do Código de Defesa do Consumidor, encontram-se presentes nas legislações apreciadas. Infelizmente, diferente da sistemática adotada no Código de Defesa do Consumidor, mas de qualquer maneira todos os princípios e sub-princípios são realizados.

A lei brasileira, incontestavelmente é paradigmática, primeiro pelo aspecto temporal em relação as demais e segundo pela natureza compromissória de instituir uma ordem jurídica de proteção dos direitos sociais e exaltação da cidadania.

Entre as legislações da Argentina, do Paraguai e do Uruguai não há uma linearidade. Em alguns pontos avançam, em outros retrocedem; bem como, em alguns coincidem, em outros divergem. De qualquer maneira, há de se reconhecer a primazia destinada à defesa do consumidor e o nível de amadurecimento que norteia a matéria.

Insista-se existir uma compatibilidade, no plano principiológico, entre as legislações consumeristas do Mercosul, mas qualquer tentativa de harmonização legislativa da matéria impõe observância prévia aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, do contrário será um ato legislativo, desde já imbuído da pecha da inconstitucionalidade.

8. O Código de Defesa do Consumidor do Mercosul.

Entre os diversos documentos firmados no âmbito do Mercosul há de se ressaltar a importância da Resolução 126/94 (Mercosul/GMC/RES/126/94). Esta inaugurou a fase de elaboração de um projeto de regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul. Todavia estabeleceu que, enquanto aquele não fosse concluído, cada Estado parte aplicaria sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território.

Conforme os *considerando* da Resolução, há o intuito de privilegiar o interesse de todos os agentes econômicos envolvidos no processo de integração, cujo alcance deve resultar em normas consentâneas com os padrões internacionais. Um dos seus objetivos é a busca da inserção competitiva das economias dos Estados partes no mercado mundial, mediante a adoção de normas de defesa do consumidor compatíveis com padrões internacionais para esse propósito.

Deste momento até a consolidação do texto comum referente à defesa do consumidor, vários documentos foram produzidos destinados à harmonização da matéria. À guisa ilustrativa têm-se o Protocolo de Santa Maria (Mercosul/CMC/Dec. n° 10/96), as resoluções referentes a conceito, direitos básicos, proteção da saúde e segurança do consumidor, publicidade e garantia contratual, respectivamente

(Mercosul/GMC/RES/123 a 127/96) e, quiçá o mais importante deles, o Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor.³¹⁰

Quanto ao Protocolo de Santa Maria é salutar alguns comentários. Nos considerando reafirma a necessidade de se dar proteção ao consumidor e da importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional, em matéria de relações de consumo, que vinculem fornecedores e consumidores, destacando a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-partes um marco de segurança jurídica que garanta soluções justas, harmonizando as decisões jurisdicionais vinculadas às relações de consumo.

Mais uma vez, o documento firmado no âmbito do Mercosul demonstra o quão é importante a defesa do consumidor e o especial relevo destinado à matéria. Todavia sem importar ato demeritório, o Protocolo destina-se à aplicação de lei adjetiva pertinente à jurisdição internacional, ou seja, seu âmbito material de aplicação difere da perseguida idéia de harmonização do direito aplicável às relações de consumo.

No mesmo sentido, o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual (Mercosul/CMC/Dec. n° 01/94) estipulou apenas o foro contratual, excluindo do âmbito de aplicação os contratos de venda ao consumidor. Portanto, os contratos de venda ao consumidor ficaram sob a incidência do Protocolo de Santa Maria.

Somente em fins de novembro de 97 foi apresentado o Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor, o qual tornou sem efeito as Resoluções 123 a 127/96. Num primeiro momento, havia muita expectativa em torno do Protocolo comum, principalmente, com o disposto nos considerandos, afinal concretizava a harmonização de um segmento complexo, subsidiando a segurança jurídica necessária para dirimir os conflitos oriundos das relações de consumo no âmbito do Mercosul.³¹¹

³¹⁰ www.mercosul.gov.br/normativas.

³¹¹ “Que es imprescindible dar proteccion al consumidor y es importante adoptar reglas comunes en materia de relaciones de consumo;

Que es necesario brindar un marco de seguridad jurídica que garantice soluciones justas y armónicas en las relaciones de consumo;

Ledo engano, a credibilidade no Protocolo foi fugaz e deu azo a frustração. O resultado final nada guardava com a proposta inicial, cujo objetivo era elaborar pautas básicas ou mínimas para a proteção do Consumidor no Mercosul. O que originalmente seria tentativa de harmonização das pautas mínimas comuns norteadas pela valorização das legislações nacionais, bem como pelos princípios e pelas cláusulas gerais, agigantou-se à condição de projeto unificado de Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul.

312

Abre-se aqui um parêntese para criticar a técnica escolhida para o arquétipo do Protocolo. A ele foi atribuída natureza jurídica de codificação monotemática, apto a regular toda matéria consumerista no âmbito do Mercosul, sendo inclusive contrária ao consenso doutrinal majoritário da crise funcional das codificações e da tendência à consolidação de microcodificações fundadas num plexo principiológico de cláusulas gerais com característica multidisciplinar. É de se ressaltar que a terminologia código na legislação consumerista pátria é tão somente em respeito à tradição, não por consagrar as categorias clássicas e coadunar da ideologia inerente àquele.

Para melhor compreensão da incidência dos efeitos do Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, faz-se necessária uma incursão prévia no Protocolo referente à estrutura institucional do Mercosul (Protocolo de Ouro Preto adicional ao Tratado de Assunção), no que tange ao procedimento adotado à aplicação interna das normas emanadas dos órgãos.³¹³

Que corresponde contar com un instrumento común que reúna las normas y principios para la defensa del consumidor en los Estados-Partes del Mercosul, com mira a la expansión del comercio en condiciones de transparencia equilibrio y liberalización progresiva”.

³¹² **A respeito ver Cláudia Lima Marques Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor, Revista Direito do Consumidor, 1997, p. 80. Da mesma autora ver Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor. Revista Direito do Consumidor, 1998, p. 54.**

³¹³ **Art 41** – “As fontes jurídicas do Mercosul são:

- I. O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares;
- II. Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;

A partir dos artigos, depreende-se que os Protocolos constituem fonte jurídica do Mercosul e que são partes integrantes do Tratado de Assunção, dotados de obrigatoriedade.

No caso específico do Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul, a obrigatoriedade também é inferida a partir do próprio texto.³¹⁴ A entrada em vigor do Protocolo e mediante a prevalência do axioma da lei posterior revogar a anterior, o nosso Código de Defesa do Consumidor sofreria um duro golpe, mas, por outro lado, esta hipótese suscitaria o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade.

A defesa do consumidor, através da legislação consumerista, é a realização do compromisso social assumido pelo Estado. A envergadura da tutela constitucional à defesa do consumidor, impossibilita a ocorrência de retrocesso dos direitos sociais³¹⁵, conseqüentemente, qualquer ato colidente com este entendimento é imbuído de inconstitucionalidade. A expressão “retrocesso dos direitos sociais”, embora utilizada pelo autor em outro panorama, é perfeitamente cabível ao contexto.

A vigência do Protocolo solaparia e suprimiria muitos dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. E este retrocesso é inimaginável em face do patamar das conquistas alcançadas pelo consumidor brasileiro.

III. As Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção”.

Art 42 – “As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país” .

Art 2 - São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

³¹⁴ **Art. 53** – “La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso jure* la adhesión al presente protocolo”.

³¹⁵ Luiz Edson Fachin. **Parecer do Projeto de Código Civil**, 2000.

Os expedientes utilizados pelos interessados, na tentativa de aprovar o Projeto de Protocolo e dotá-lo da condição de norma interna obrigatória, restaram frustrados ante os esforços e pressões do movimento consumerista brasileiro, que reverteu o cenário que se formava no âmbito do Mercosul, desfavorável ao consumidor.

Não é equivocado afirmar que houve uma tentativa escancarada e dialética de unificar a defesa do consumidor no Mercosul, ao invés de harmonizá-la e ao mesmo tempo desferir o golpe da flexibilização, ou até mesmo da revogação, da destruição das garantias conquistadas pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, nas partes que fossem reguladas pelo Protocolo, já que aquele sempre foi visto com parcimônia e restrições devido ao “exagero” tutelar.

Nesse sentido, a percuciente observação de Cláudia Lima Marques:

Sob a alegação de proteger os pequenos empresários, mas em verdade beneficiando a grande indústria internacional em geral, o texto do projeto de protocolo comum de 1997 quase reduziu os parâmetros de proteção dos consumidores e de concorrência leal no Brasil, apesar de ter sido projetado em princípio para uma teórica proteção dos consumidores.³¹⁶

Os representantes governamentais brasileiros no Mercosul foram sensíveis às pressões e recuaram na assinatura do Protocolo. O impasse e o conflito de interesses entre os países resultou no refreamento do trabalho desenvolvido no comitê responsável pela harmonização da legislação do consumidor.

Ratificando o que fora dito alhures, qualquer comparação legislativa com vistas à harmonização da legislação, deve pautar-se no modelo do Código de Defesa do Consumidor.

É cediço que a rigidez das normas de defesa do consumidor conformadas à Constituição, aos princípios econômicos, aos princípios gerais do direito, a recorrência

³¹⁶ Cf. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, 1999, p. 23.

às cláusulas gerais, bem como à adoção da teoria objetiva da culpa, da responsabilidade pré e pós contratual, da solidariedade entre os integrantes da cadeia produtiva, da inversão do ônus da prova, entre outros preceitos tutelares, impôs aos empresários um redirecionamento de conduta atrelado à mudança de paradigma, concernente à melhoria da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados à sociedade de massa.

O patamar da tutela, oriunda do Código de Defesa do Consumidor, tornou cômico o fornecedor que sua permanência no mercado interno ou externo, só seria possível mediante o compromisso de buscar e manter o padrão de qualidade dos seus produtos e serviços.

Ora, se o fornecedor está amoldado às exigências legais e enxerga, no Código de Defesa do Consumidor, um padrão de conduta norteador da sua atividade econômica, não há que se deixar levar pela ilusão falaciosa da tese da necessária desregulamentação como mecanismo de ajuste às exigências econômicas, plasmada no Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul.

Abre-se aqui um parêntese para criticar a técnica escolhida para o arquétipo do Protocolo. A ele foi atribuído natureza jurídica de codificação monotemática, apto a regular toda matéria consumerista no âmbito do Mercosul, sendo inclusive contrária ao consenso doutrinal majoritário da crise funcional das codificações e da tendência à consolidação de microcodificações fundadas num plexo principiológico, de cláusulas gerais, com característica multidisciplinar.

Salienta-se que a terminologia código na legislação consumerista pátria é somente em respeito à tradição e não por consagrar as categorias clássicas e coadunar da ideologia inerente àquele.

A olhos vistos, percebe-se a inconsistência do Protocolo. À guisa ilustrativa enumeram-se algumas das omissões ou até mesmo dos prejuízos imputados ao consumidor, em frontal colidência com seus interesses e com o Código de Defesa do Consumidor brasileiro. São eles: o direito expresso do consumidor à revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, a imputação da solidariedade e da responsabilidade objetiva entre os integrantes da cadeia econômica pelo fato do produto e do serviço e por vício do produto

e do serviço, a utilização do instituto da decadência e da prescrição, a desconsideração da personalidade jurídica, a redução do prazo de reflexão para o consumidor exercer seu direito de arrependimento.

No plano principiológico, o Protocolo, também divorciado do modelo acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, optou pela clareza somente de alguns princípios como o da boa-fé e o da informação. Privilegiou em demasia o recurso da técnica hermenêutica para extrair os demais princípios das relações de consumo ocorridas no âmbito do Mercosul, a exemplo do princípio fundamental da dignidade da pessoa do consumidor, do reconhecimento da vulnerabilidade, da harmonização dos interesses dos participantes, das relações de consumo, da necessária equação entre defesa do consumidor, defesa da concorrência e desenvolvimento econômico, e do imprescindível equilíbrio nas relações entre as partes. Além de ter descurado dos seus considerandos iniciais.

A aferição e efetiva utilização dos princípios sob o agasalho da hermenêutica podem restar comprometidas se a instância julgadora for dogmática, descomprometida e desconhecadora da localização da pessoa do consumidor no cenário interno e internacional e da importância da sua tutela para melhoria das condições sociais e econômicas da população.

Depois do refreamento da delegação brasileira à ratificação do Protocolo, o empenho pela harmonização entibiu-se e a matéria, praticamente, só foi retomada por ocasião da XV Reunião do Conselho do Mercado Comum (dezembro/1998) com a presença de todos os presidentes dos países do Mercosul, mediante um comunicado conjunto no qual foi reafirmado a imprescindibilidade da defesa do consumidor.³¹⁷

Do item em comento, depreende-se uma crescente propensão aos influxos principiológicos. A defesa do consumidor é alçada a função de princípio condicionante do desenvolvimento econômico do Mercosul. É irrefutável que esta opção encontra

³¹⁷ CMC/Comunicado Conjunto – item 11 “Consideram que a defesa do consumidor é elemento indissociável do desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul e que é dever dos Estados Partes encetar esforços para atingir um nível de proteção adequado dos consumidores. Reafirmam sua vontade política em avançar no processo de harmonização da matéria na região, destacando a importância de garantir, entre outros, o direito à adequada proteção à saúde e segurança, à

guardada na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor pátrios, espelhando o retorno ao trabalho de harmonização no Mercosul fundado na ética, nos princípios gerais e nas cláusulas gerais.

De nada adianta encetar esforços na aprovação do Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul, caso este não esteja intrinsecamente subsidiado pelos princípios contemporâneos fundamentais de consumo e pelos princípios sociais da boa-fé, da função social e da equivalência material e, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Se o paradigma for diferente, a defesa do consumidor jamais se desvencilhará da perspectiva econômica. E a defesa do consumidor somente interessa na perspectiva do consumidor, enquanto pessoa inserida no conteúdo do princípio da dignidade humana.

Nesse mesmo sentido, encontramos arrimo nas palavras de Atilio Alterini. Segundo o autor a seguridade jurídica impulsiona a tendência de unificação internacional da regulação jurídica dos contratos, porém só faz sentido se respeitarem cabalmente a pessoa humana.³¹⁸

9. A experiência brasileira do Estado regulador e o contratante consumidor

A experiência brasileira recente de regulação econômica demonstra a relevância e imprescindibilidade da concretização dos princípios sociais, destacando-se a resolução do Banco Central do Brasil,³¹⁹ da legislação de Defesa da Concorrência,³²⁰ e de algumas

informação e à educação, a reparação por danos sofridos, à proteção de seus interesses econômicos e ao acesso à justiça ou a meios alternativos de solução de controvérsias”.

³¹⁸ Cf. tendencias en la contratación moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, 1999, p. 113-114.

³¹⁹ **Res. n.º 2878/2001** – art. 1º “Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema financeiro Nacional, devem adotar medidas que objetivem assegurar:

I – transparência nas relações contratuais, preservando os clientes e o público usuário de práticas não equitativas, mediante prévio e integral conhecimento das cláusulas contratuais, evidenciando, inclusive, os dispositivos que imputem responsabilidades e penalidades;

II – resposta tempestiva às consultas, às reclamações e aos pedidos de informações formulados por clientes e público usuário, de modo a sanar, com brevidade e eficiência, dúvidas relativas aos serviços prestados e/ou oferecidos, bem como às operações contratadas, ou decorrentes de publicidade transmitida por meio de quaisquer veículos institucionais de divulgação, envolvendo em especial: a) cláusulas e condições contratuais; b) características operacionais; c) divergências na execução dos serviços;

III- clareza e formato que permitam fácil leitura dos contratos celebrados com clientes[...];

legislações das agências reguladoras, tais como: a da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL),³²¹ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL),³²² Agência Nacional de Saúde (ANS).³²³

A utilização dessas legislações demonstra que a defesa do consumidor não se encontra adstrita apenas ao Código respectivo e que não é um direito casuístico ou meramente contextual. É inexorável a presença dos princípios sociais dos contratos, nomeadamente, a observância aos princípios inerentes à defesa do consumidor no conteúdo dos artigos extraídos a partir dos indigitados diplomas legais.

Coincidentemente, o período de surgimento das agências reguladoras, assim com do Mercosul, conforme enunciado supra, datam da década de 90. Em que pesem as inúmeras teses do fim do Estado social, salienta-se a preocupação, inserta nesses textos legais, com a tutela dos direitos sociais, incluindo a defesa do consumidor, bem como a realização dos macros princípios da Justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Estas agências reguladoras decorrem da transferência de atividades exercidas pelo setor público ao setor privado. Entenda-se, para tanto, como agência reguladora a autarquia cujo fito é de realizar a licitação, regulação e a fiscalização na execução dos contratos de concessão e

IV- recepção pelos clientes de cópia, impressa ou em meio eletrônico, dos contratos assim que formalizados [...];

V- efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus clientes e usuários”.

³²⁰ **Lei nº 8.884/94** – art. 1º “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

³²¹ **Lei nº 9.472/ 97** – art. 5º “Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

³²² **Decreto nº 2.335/97** - art. 4º “À ANEEL compete:

XVI – estimular a melhoria do serviço prestado e zelar, direta e indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de proteção e defesa do consumidor”.

³²³ **Lei nº 9.656/98**- art 6º “Cabe a Câmara de Saúde Suplementar propor a expedição de normas sobre:

II- fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde.

III- critérios normativos em relação aos procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores de serviços do sistema, visando assegurar o equilíbrio das relações entre os consumidores e os operadores de planos e seguros privados de assistência à saúde.

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos tratados por esta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

§ único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações”.

permissão de serviços públicos, ou seja, o Estado deixa de exercer e intervir diretamente, mas em compensação a intervenção se verifica sob a moldura da regulação.³²⁴

E a inserção da defesa do consumidor, balisada pelos princípios sociais do contrato e pelos princípios de consumo, nos textos das agências reguladoras constata a manutenção dos princípios gerais da atividade econômica previstos em sede constitucional. Dessa forma, o futuro do direito do consumidor, em grande medida favorece o fortalecimento dessas agências.

A relação entre direito de consumidor e agência reguladora é tão intrínseca que reflete uma via de mão dupla, ou seja, na mesma intensidade que a proteção do direito do consumidor depende da legislação das agências reguladoras, estas somente garantiram sua eficácia social em conformidade com a defesa do consumidor.³²⁵ Ademais, o papel conferido ao Estado de agente normativo e regulador da atividade econômica, também encerra ditame constitucional.³²⁶

Foi esse o viés observado pelas legislações das agências reguladoras, mediante a enunciação dos princípios fundamentais enaltecendo a competência da União, por intermédio do órgão regulador, de organizar a exploração dos serviços que serão prestados à sociedade. Outro aspecto constante nas legislações é o reconhecimento de ser dever do Poder Público fortalecer o papel regulador do Estado (como exemplo Lei nº 9.472/97, art. 2º,IV).

CONCLUSÕES: ROL DAS NASCENTES

Pode parecer estranho a conclusão de um trabalho ser designada de rol das nascentes. Afinal, conclusão indica fim, enquanto nascente é fonte, é essência, mas a idéia é exatamente esta, ou seja, transformar o fim em começo, muito mais que uma conclusão definitiva, nossa intenção é contribuir com o diálogo, com a reflexão a partir da identificação

³²⁴ Sobre o tema ver Alzemer Martins & Cléia Costa dos Santos Vianna Brandão. Agência reguladora. Reflexões sobre o modelo, suas funções e o controle da Procuradoria Geral do Estado sobre sua atuação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, 2000, p. 83.

³²⁵ Sobre o tema ver **Ronaldo Porto Macedo Jr. Globalização e direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, 1999, p. 50.**

³²⁶ **CF-** art. 174. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

dos problemas e recontextualizá-los sintonizados com as demandas da sociedade contemporânea.

Construir uma tese em cima de algo que estar por vir é instigante e envolvente. Se de um lado, a margem da certeza é flutuante; de outro, há o fascinante descortinar de um novo universo. Enfrentar o novo é sempre um caminho tortuoso, inseguro, duvidoso, mas é imprescindível para promover as rupturas de paradigmas.

A atividade consiste em apreender a essência do novo e daí se extraírem as partículas essenciais que capitanearão esse processo transformador, o qual se configura numa abordagem rente à realidade, mas com os olhos voltados para o futuro, permitindo assim o diálogo e a possibilidade de adaptação à realidade social.

O mosaico das dúvidas é a base desse processo de transformação e construção. Entenda-se dúvida como fonte de perquirição de novas informações processadas e apreendidas a partir da reflexão sistematizada. Por este motivo, o designativo rol das nascentes.

A novidade e o ineditismo de um trabalho relacionam-se com o modo de investigação do objeto e sob que perspectiva ele está sendo observado. Decorre daí o objeto da nossa tese: identificar o consumidor numa dimensão emancipatória e humanista, enquanto pessoa inserida no contexto sócio-político e econômico de uma economia de mercado globalizado.

Vislumbra-se uma travessia, da qualificação meramente econômica de consumidor, para sua inserção no exercício da cidadania e da realização da dignidade da pessoa humana. Percebe-se uma fundamental transformação de valores entre as duas dimensões, para o que os princípios sociais do contrato contribuem essencialmente.

Afirmamos que os princípios liberais ou individuais dos contratos (autonomia privada, obrigatoriedade e relatividade subjetiva) apenas podem ser atualmente observados e aplicados, quando limitados e conformados pelos princípios sociais dos contratos (boa-fé, função social e equivalência material). Todavia, na medida em que se fala de princípios contratuais, quer sejam os liberais, quer sejam os sociais, inevitavelmente, vêm à tona

questões relacionadas com o modelo de Estado moderno, ou seja, Estado liberal e Estado social.

Sabe-se que a figura do consumidor e a relação de consumo não encerram nenhuma novidade, mas também é certo que durante o Estado liberal, e sob a égide dos princípios liberais ou individuais do contrato, não havia nenhuma preocupação, no âmbito do direito, com tais dimensões. Havia a prevalência dos interesses individuais norteando às relações jurídicas contratuais, que tinham como paradigmas a regra do *pacta sunt servanda* e da igualdade formal das partes.

Da crise dos paradigmas liberais, ante a cabal demonstração da sua inadequação à realidade social emergente do Estado social comprometido com a realização da pessoa inserida em um contexto de justiça social. Passa-se a privilegiar o interesse social e não apenas o interesse individual, portanto renovam-se os princípios contratuais, sob aquela perspectiva. Assim, a partir do reconhecimento da desigualdade material entre os contratantes, o Estado desenvolve o suporte normativo para garantir o equilíbrio da relação. Engendra-se o cenário propício à defesa do consumidor, tanto pelo reconhecimento de sua vulnerabilidade, quanto pela dimensão coletiva ou social de sua tutela, para além das situações concretas.

Antes, o consumidor era visto apenas na dimensão econômica do processo, como alguém que retira o bem da cadeia produtiva. A aplicação dos princípios sociais, norteando as relações de consumo, representa a cristalização desse processo evolutivo e conceitual. Ressalte-se que a ambiência própria da defesa do consumidor é a do Estado social e não do Estado mínimo. Por consequência, apenas na coexistência do Estado Social, em virtude da sua natureza intervencionista (legislativa, judicial ou administrativa) é possível cogitar-se de princípios sociais do contrato, máxime pelo papel atribuído à revisão judicial.

Vivenciamos um momento de perplexidades e incertezas. De um lado, encontramos os que selam a morte do Estado social e festejam o triunfo das idéias neoliberais com o Estado mínimo e o *revival* dos princípios contratuais clássicos; de outro encontramos os que crêem na permanência do Estado social, não mais como provedor e sim como regulador, ou seja, um Estado com nova roupagem, enxuto, relativizando alguns postulados anteriores, porém forte no plano da regulação dos direitos econômicos e sociais, inclusive mediante a aplicação dos princípios sociais dos contratos.

Com base nos argumentos, temos elementos para afirmar que a defesa do consumidor é incompatível com a ideologia neoliberal, com os princípios contratuais clássicos. Logo, nos filiamos à corrente que enxerga a manutenção do Estado social, com caráter regulatório, no qual se insere a defesa do consumidor.

Apesar do quadro das incertezas quanto à roupagem definitiva do modelo Estatal *in fieri*, sua configuração atual consolida o modelo regulatório, que permanece intervencionista. É indiscutível o momento de tensão gerado por forças antagônicas e bipolarizadas como a globalização econômica e o Estado social, ou melhor, entre a liberdade de mercado (*lex mercatória*) e a demanda social da função regulatória.³²⁷

A ideologia neoliberal advoga a confiança nos mecanismos de mercado para suprir as necessidades sociais, com a ausência de regulação. Mas, não podemos esquecer que os benefícios provenientes da liberdade de mercado só são usufruídos por aqueles que nele já estão incluídos. É um círculo vicioso, e portanto o espectro de realização dos interesses sociais é mínimo, na medida que aumenta a quantidade de excluídos de suas pretensas virtualidades.

Eis o grande desafio do Estado futuro, qual seja, encontrar mecanismos de equilíbrio entre o mercado e a regulação, socialmente exigível, com eficiência e efetividade social.

Segundo os neoliberais, o fim do Estado social se situa entre as décadas de 70 e 80 do século XX. Paradoxalmente, a Constituição Federal de 1988 instituiu como princípio estruturante, entre outros, o Estado Democrático e Social de Direito, regulando a ordem econômica e social e elevando a defesa do consumidor à condição de direito fundamental.

A instituição do Estado Democrático e Social de Direito capitaneado por vários fundamentos, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, antes de tudo expressa a consolidação de elementos democráticos, ou macroprincípios democráticos, na dimensão teleológica de emancipação da pessoa humana. Renova-se o compromisso de solidariedade com base na justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

O princípio da justiça social é o princípio que norteia a ordem econômica densificada, entre outros, pelo princípio da defesa do consumidor. Esse dado nos conduz à seguinte ilação: as normas (princípios e regras) fundadoras dos direitos econômicos e sociais densificam os princípios da justiça social e da solidariedade, os quais concretizam o princípio do Estado Democrático e social de Direito.

Fazendo-se uma leitura articulada veremos que a defesa do consumidor alçada à condição de direito fundamental e de princípio condicionante da atividade econômica, mediante a aplicação dos princípios sociais do contrato e dos subprincípios das relações contratuais de consumo, densificam a ordem econômica constitucional. Esta por conseguinte, concretiza o princípio da justiça social e da solidariedade, os quais, densificam os princípios democrático e da dignidade da pessoa humana. E aí chegamos à dimensão da defesa do consumidor na perspectiva humanista e inserido no contexto socio-político e econômico. Em outras palavras, a defesa do consumidor, enquanto dimensão realizadora da pessoa só encontra espaço na ambiência democrática, ou seja, realizando o Estado Democrático e Social de Direito e concretizando a dignidade da defesa do consumidor.

Sintetizando o que fora dito teremos:

- a) Os princípios sociais do contrato são três, quais sejam: boa-fé, função social e equivalência material.
- b) É impossível pensar-se em de fesa do consumidor fora da ambiência de Estado social, comprometido com a realização do Estado Democrático e Social de Direito como princípio estruturante fundado no macroprincípio da dignidade da pessoa humana e densificado a partir dos princípios da justiça social e da solidariedade.
- c) A defesa do consumidor deve ser compreendida enquanto exercício de cidadania.³²⁸

³²⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo. A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos de direito do Consumidor*, 2001, p. 25.

³²⁸ A respeito Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “o direito do consumidor recuperou a dimensão humana do consumidor, na medida em que o afirma como sujeito, titular de direitos constitucionalmente protegidos”. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de direito do consumidor**, 2001, p. 28.

- d) Os princípios sociais do contrato são imprescindíveis e indispensáveis ao Estado regulador.
- e) Não há de se falar em renascimento dos princípios clássicos ou individuais do contrato (autonomia privada, obrigatoriedade e relatividade subjetiva) no Estado regulador, salvo se, condicionados aos princípios sociais do contrato.
- f) A propalada onda neoliberal não extinguiu o Estado social. O Estado regulador é um estágio do Estado social numa dimensão menor, ou seja, com a redução de suas características de Estado provedor e empreendedor.
- g) A defesa do consumidor, ante sua natureza regulatória, projetando-se nos princípios sociais do contrato e nos subprincípios contratuais de consumo, amplia-se no cenário do Estado regulador.

Não é crível imaginar qualquer hipótese de retrocesso dos direitos conquistados ao longo dos tempos, principalmente os fundamentais, intrinsecamente vinculados à tutela da pessoa. Em que pese as transformações do Estado, todas as nações civilizadas se encontram comprometidas com a realização da dignidade da pessoa humana e com a defesa do consumidor, enquanto corolário direto daquele princípio. No Estado regulador, há o reconhecimento da desigualdade material das partes, da vulnerabilidade dos envolvidos na relação contratual. Dessarte o equilíbrio somente será possível mediante o controle social e estatal. É incontroverso a necessidade premente da presença estatal, na defesa do consumidor, a fim de assegurar a igualdade material entre as partes e densificar o princípio da equivalência material dos contratos. Esta característica surge com o Estado social e foi introjetada no conteúdo das legislações sociais, integra-nos, portanto, na pauta de compromissos do Estado regulador. Assim, tem o Estado a missão de adotar uma política de inclusão social, funcionando no sentido da compensação de direitos.

Os compromisso políticos assumidos referentes à realização da pessoa, somente tornam-se-ão concretos se a premissa epistemológica for a da manutenção do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é o da dignidade da pessoa humana com a finalidade emancipatória de garantir a condição de cidadão-consumidor

inserida no mercado e titular de direitos econômico, social e cultural indispensáveis à sua dignidade.³²⁹

O Estado regulador não é um fim em si mesmo, sua natureza flexível permite que sirva aos interesses dos grupos econômicos nacionais, internacionais ou transnacionais. Isso quer dizer, que ele deve envidar esforços na primazia da cidadania, na defesa do consumidor e desempenhar atividade regulatória imprescindível à tendência dos blocos regionais, os quais necessitam de atividade regulatória. É comum, nos textos constitutivos dos blocos regionais, a defesa do consumidor assumir a dianteira na condição de alavanca imprescindível ao desenvolvimento econômico justo e equânime do bloco. Dessa forma, a defesa do consumidor atingiu magnitude e representatividade incontestáveis de fundamento do Estado regulador, nos planos interno e supranacional.

A propósito disto, Canotilho, reportando-se aos blocos regionais e reconhecendo-lhes o caráter supranacional, cogitando da formação de uma ordem jurídica comunitária, reflete acerca de um possível constitucionalismo global, cujos traços caracterizadores perpassaria, necessariamente, pela conversão do direito internacional, numa verdadeira ordem imperativa materialmente informado por valores, princípios e regras universais, progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais.

Guardando semelhança com Canotilho, Lorenzetti defende que a regulação da economia se faz através da normatização do mercado e para tanto é preciso um piso mínimo inderrogável que condicione a autonomia privada e também a direção econômica do Estado.

A inovação da proposta de Ricardo Lorenzetti referente a direção econômica do Estado é que deve ser fundamentada no quadro axiológico expressado no direito civil constitucional.³³⁰ Com efeito, as relações internacionais devem ser relações reguladas em termos de direito e de justiça, com a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto básico. Na hipótese da não consolidação do constitucionalismo global, o autor sugere a idéia de pelo menos as constituições internas confluírem no sentido de estabelecerem um conjunto de standards materiais, mínimos, impositivos da observância por parte dos Estados, de

³²⁹ Ricardo Luis Lorenzetti. **Fundamentos do direito privado**, 1998, p.142.

³³⁰ Cf. Analisis crítico de la autonomía privada contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, 1995, p. 18. Ver também, do mesmo autor, La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**, 1997, p. 10.

proteção dos direitos básicos, incluindo a definição de cidadania.³³¹ Quer dizer que, de acordo com a proposta do autor, deduz-se que no plano interno o Estado regulador continua exercendo um papel singular, encontrando-se em consonância com os imperativos de um contexto integracionista e globalizado, quando sugere a implementação de um conjunto de princípios, tidos por fundamentais, como moldura informativa das relações sociais.

Finalizando, reafirma-se a tese de que para haver à realização da defesa do consumidor na dimensão do exercício da cidadania é imprescindível a presença do Estado regulando a ordem econômica e social (Estado social), lastreada pelos princípios sociais do contrato e subprincípios contratuais de consumo, cujos primados são os princípios da justiça social e da solidariedade, realizando o Estado Democrático e Social de Direito como condicionado ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

AMARAL JR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: RT, 1993.

ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídico**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³³¹ Cf. **Direito constitucional**, 1998, p. 1276-7.

- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARCELLONA, Pietro. **Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla del progetto moderno**. Roma: Dedalo, 1998.
- _____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995.
- _____. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O processo de integração do mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados**. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997. 12º v.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7 (arts. 170 a 192).
- BESSONE, Darcy. **Do contrato – teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1953.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BRAVO, Federico de Castro y: **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1985.
- CANOTILHO, J.J. Gomes Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.) São Paulo: Malheiros, p. 108-115, 2001.
- _____. **Direito constitucional**. 3 ed. (reimp.) Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**; crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, 1993.
- COMMISSION EUROPÉENNE. **Litiges de consommation**. Belgium: Publications Officielles des Communautés Européennes, 1999.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

- CORRADINI, Domenico. **Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1970.
- COSSIO, Carlos. **La teoria de la imprevisión**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.
- _____. **La plenitud del ordenamiento jurídico**. 2 ed. Buenos Aires: Losada, 1955.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida & CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais** – anotação ao dec. Lei nº 446/85. Coimbra: Almedina, 1995.
- _____. **Direito das obrigações**. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- CRETELLA JR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, v. VIII.
- CROCE, Benedetto. et al. **Declarações de direitos**. Brasília: Ministério do Interior / Fundação Projeto Rondon, 1988.
- CUFFARO, Vincenzo. Responsabilità precontratuale. **Enciclopedia del Diritto**. Milão, v. XXXIX:, p. 1265-1274, 1988.
- DANTAS, Francisco Ivo. **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá, 1999.
- DROMI, Roberto. et al. **Derecho comunitário**. 2 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira. et al. (org.). São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 219-232, 1999.
- DWORWIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: BOSCH, 1961.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Parecer do projeto de Código Civil**. Curitiba, [s.ed.], 2000.
- _____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 115-149, 2000.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6 ed. Ada Pellegrini Grinover. et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 226- 248, 2001.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. Bologna: Zanichelli, 1988.

GARCIA Jr. Armando Alvares. **Conflito entre normas do mercosul e direito interno: como resolver o problema?** : o caso brasileiro. São Paulo: LTr, 1997.

GARRIDO, Diego Lopez. et al. **Derecho comunitário europeu: liberdades económicas y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1986.

GARRIDO, José Antonio Ballesteros. **Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad**. Barcelona: BOSCH, 1999.

GHERSI, Carlos Alberto. Razones y fundamentos para la integracion regional. **Mercosul – perspectivas desde el derecho privado**. Carlos Alberto Ghersi (coord.). Buenos Aires: Universidad, 1993.

GHESTIN, Jacques & JAMIN, Christophe. Le juste et l'utile dans les effets du contrat. **Contratos: actualidade e evolução**. António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 123-165, 1997.

GILMORE, Grant. **La morte del contrato**. Trad. Andrea Fusaro. Milano: Giuffrè, 1987.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

_____. **Direitos reais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. **Direitos reais**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da informação. **Coimbra: Almedina, 1994**.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.) São Paulo: Malheiros, p. 268- 283, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Civitas, 1995.

_____. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretación econômica de los contratos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Jurídicas Europa – América, 1950, t.1, v.III.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KUNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste GulbenKian, 1983.

_____. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, T I.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias & Rodrigo da Cunha Pereira.(coods.). Belo Horizonte: Del Rey, 141-53, 2001.

_____. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O Contrato** - exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. O código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul. **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Cláudia Lima Marques (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 97-123, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes **Direito administrativo brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENEZES, Antonio Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, T. IV.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970, t. III.

MOLFESSIS, Nicolas. **Le renouvellement des sources du droit des obligations**. Paris: LGDJ, 1997.

MONTEIRO, António Pinto **Contratos: actualidade e evolução**. **Contratos: actualidade e evolução**. António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 19-22, 1997.

MUSIELAK, Hans-Joachim. A inserção de terceiros no domínio de proteção contratual. **Contratos: actualidade e evolução.** António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 283-296, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. **Cadernos de direito civil constitucional.** Renan Lotufo (coord.) Curitiba, p. 155-225, 2001.

NARASIMHAN, Subha. Individualism in American contract law: an i my brother's keeper. **Contratos: actualidade e evolução.** António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 231-240, 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

OFFE, Clauss. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições de sociedade. **Sociedade e estado em transformação.** L.C. Bresser Pereira. et al. (org.). São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 119-145, 1999.

PABST, Haroldo. **Mercosul: direito da integração.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de família e o novo código civil.** Maria Berenice Dias & Rodrigo da Cunha Pereira.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Instituições de direito civil.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. III.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POLO, Eduardo. **Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos.** Madrid: Civitas,1990.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. Ana Coimbra E M. & Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Malheiros, 15-27, 1996.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Formação da teoria constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, António Marques dos. **As normas de aplicação imediata do Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 1991, v. I.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira. et al. (org.). São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 243-271, 1999.

_____. **La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Colombia: Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. **Sociedade e estado em transformação**. L.C. Bresser Pereira. et al. (org.). São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 173-195, 1999.

SZAFIR, Dora. **El consumidor en el derecho comunitario**; proyecto de protocolo de defensa del consumidor del Mercosul. 1 ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1998.

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

TORRES, Jesús García & JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares** – la drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1986.

VARELA, João Antunes de Matos. Das obrigações em geral. **7ed. Coimbra: Almedina, 1999, v.II**

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Ordem dos Advogados do Brasil-PE, 1985.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

_____. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Trad. ^a M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Artigos:

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, a. 2, v. 5, p. 83-100, jan./mar., 2001.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Tendencias en la contratacion moderna. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 31, p. 104-114, jul./set. 1999.

AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. **Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, nº48, p. 369-383, 1999/2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, p. 03-12, jan./mar., 2000.

_____. **O direito pós-moderno e a codificação**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan./mar , 2000.

_____. **Princípios do direito contratual e a reforma do código civil**. Revista de Eventos. Maringá, a. 1, n 1, p. 25-28, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Desafios à efetivação dos direitos de consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 20, p. 381-387, out./dez , 1996.

BIANCA, C. Massimo. **La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale**. Rivista di Diritto Civile. Padova, p. 205-216, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o dirigismo contratual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.17, n. 66, p. 239-255, abr./jun.,1980.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Trad. Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, v. 06, p. 07-16, abr./jun.,1993.

CASELLA, Paulo Borba. Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul – o desafio para os profissionais da área jurídica. **Ciência Jurídica**, a. x, v. 69, p. 434-442, maio/jun, 1996.

CIANCIARDO, Juan. Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. **Revista persona y derecho**. Espanha, p. 41: 45-55, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar., 1997.

_____. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, a. XXIX, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

COSTA, Judith H. Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n 03, v. 128, p. 127-154, set./dez., 1992.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 753, p. 24-48, jul., 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Aspectos fulcrais da boa-fé contratual. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, v. 19, p. 15-27, jul./dez. 2000.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXIV, p. 147-155, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie. **Il diritto privato futuro**. Napoli, v. 15, p. 13-30, 1993.

FROTA, Mário Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 37, p. 09-24, jan./mar., 2001.

GALGANO, Francesco. I rapporti di scambio nella società post-industriale. **Il diritto privato futuro**. Napoli, v.15, p. 61-73, 1993.

Hironaka, Maria Giselda Fernades Novaes. A função social do contrato. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo, n 19, p. 95-111, set./ dez., 1986.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista de Diritto Civile**. Padova, a. XLIII, v. 2, p. 185-191, 1997.

_____. L'età della decodificazione. **Revista de Direito Civil- imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, a. 03, v. 10, p. 15-33, out./dez, 1979.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a 88, v. 759, p. 24-40, jan. 1999.

LIPARI, Nicolò. Possesso dell'informazione. **Il diritto privato futuro**. Napoli, v. 15, p. 43-60, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, a.42, p. 187-195, abr./jun., 2002.

_____. **Direito do estado federado ante a globalização econômica.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.38, n. 151, p. 95-108, jul./set., 2001.

_____. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de direito do consumidor.** Coimbra, n. 03, p. 23-45, 2001.

_____. **Direito contratual e constituição.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, a.36, p. 241-245, out./dez., 2000.

_____. O direito civil na perspectiva do Mercosul. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, p. 231-239, jan./mar., 2000.

_____. Constitucionalização do direito civil **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a.36, n. 141, p. 99-109, jan./mar., 1999.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor: pressupostos gerais.** Revista Direito do Consumidor. São Paulo, n 06, p. 134-141, abr./ jun. 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La relación de consumo: **conceptualización dogmática en base al derecho del mercosul.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n 21, p. 09-31, jan./mar , 1997.

_____. **Análisis crítico de la autonomía privada contractual.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 14, p. 05-19, abr./jun , 1995.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo: RT, n° 32: 45-54, out./dez., 1999.

MARQUES, Cláudia Lima & WEHNER, Ulrich. Código Civil Alemão **muda para incluir a figura do consumidor – renasce o direito civil geral e social ?** Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 37, p. 271-277, jan./mar, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, a. 1, v. , p. 13-57, jan./mar., 2000.

_____. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, a.32, p. 16-44, out./dez.,1999.

_____. **Qual o futuro do direito do consumidor ?** Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 30, p. 225-234, abr./jun., 1999.

_____. **Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor.** Revista Direito do Consumidor. São Paulo, n. 26, p. 53-76, abr./jun., 1998.

_____. **Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor.** Revista Direito do Consumidor. São Paulo, n. 23,24, p. 79-103, jul./ dez., 1997.

MARTINS, Alzemeris & BRANDÃO, Cléia Costa dos Santos Vianna. Agência reguladora. Reflexões sobre o modelo, suas funções e o controle da Procuradoria Geral do Estado sobre sua atuação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.** Salvador, n. 26, p. 77-93, jan./dez., 2000.

Miranda, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, a 38, n. 153, p. 131-149, jan./mar., 2002.

MONROY, José de Jesús López. El principio de la buena fe en el derecho civil. **Revista de la Facultad de Derecho de México.** México, n. 145-146-147, p. 157-168, enero/ junio, 1986, T XXXVI.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade.** Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RJ. n. 15, p. 95-113, ago./dez., 1999.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil,** a.17, n 65, p. 21-32, jul./set,1990.

NEREY Jr. Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor.** São Paulo, v. 03, p. 44-77, set./dez. 1992.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, a 88, v. 762, p. 11-31, abril, 1992.

NOVA, Giorgio de. Informazione e contratto: il regolamento contrattuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milano, a. XLVII, n. 3, p. 705-718, set., 1993.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi,** n. 54, p. 01-08, 2002. Disponível em: < http://www1.jus.com.br/doutrina/texto_2718.htm>. Acesso em: 21. Fev.2002.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito.** Coimbra, v. LXXIV, p. 729-755, 1988.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição, soberania e mercosul. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a.35, n. 139, p. 283-303, jul/set, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, a 8, n. 30, p. 146-158, jan./mar., 2000.

SAMTLEBEN, Jurgen. Perspectivas para uma corte do Mercosul e a experiência européia. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a.33, n. 131, p. 261-67, jul/set, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 36, p. 54–104, out./dez. 2000.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 30, p. 97–124, abr./jun., 1999.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, a. XX, n. 82, p. 41-52, abr./jun., 1987.

TAPIA, Jorge. A nova cultura democrática. **Jornal do Seminário Nacional da ABONG**. SP, agosto, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. **Revista Jurídica**. a. XLV, n. 236, p. 15-29, junho, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Conferências da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 48, p. 323-345, 1999/2000.

THEODORO Júnior, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a 88, v. 765, p. 11-33, jul, 1997.

TOMASETTI Jr., Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, p. 12-17, jan./mar 1995.

VEIGA, Gláucio. Constituição econômica. [s.r.b.].

WEINGARTEN, Celia. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 39, p. 32-40, jul./set., 2001.

À minha mãe, Socorro
que, em todos os momentos, incentivou meus
estudos e desejou meu êxito profissional.

AGRADECIMENTOS

À minha família pela efusiva e constante torcida.

Ao meu mestre e amigo sempre presente, professor Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua dedicação, estímulo e incondicional contribuição durante a realização desse trabalho.

A todos os professores da Pós-Graduação, nas pessoas dos professores Dr. João Maurício Leitão Adeodato e Dr. Raimundo Juliano Rêgo Feitosa.

Aos funcionários da Pós Graduação, nas pessoas de Josi e Carminha.

Aos professores da Pós-Graduação da UFPR, que me acolheram com carinho, a quem faço com deferência especial à pessoa iluminada do Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.

Aos funcionários da UFPR, na pessoa de Rita de Cássia Alves de Souza - bibliotecária chefe da Faculdade de Direito.

Aos colegas de departamento, com atenção especial à Valéria.

Aos funcionários da biblioteca da FDR/UFPE.

Aos colegas da especialização, na pessoa de Elaine.

Aos professores que integrarão a banca examinadora.

À CAPES, pelo auxílio financeiro destinado à subsidiar meu curso de Doutorado Sanduíche, durante minha permanência em Curitiba-PR.

RESUMO

A presente tese tem por finalidade demonstrar que a inserção da defesa do consumidor, enquanto exercício da cidadania, somente se concretiza na ambiência do Estado social. Para tanto é imprescindível a presença dos princípios sociais dos contratos (boa-fé, função social e equivalência material). Por outro lado, para se chegar ao objetivo desejado parte-se da premissa que os princípios, ao lado das regras, são espécies normativas determinantes de toda a ordem jurídica e que ambas detêm a mesma igualdade normativa. Os referidos princípios, corolários dos princípios da solidariedade e da justiça social, realizarão o Estado Democrático e Social de Direito como princípio estruturante, fundado no macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Assim, enxergamos uma fundamental transformação da qualificação meramente econômica de consumidor para a dimensão de cidadão. Com base nestes argumentos, afirmamos que a defesa do consumidor é um dado de realidade, não um dado meramente contextual, por conseguinte, incompatível com os princípios contratuais liberais ou individuais (autonomia privada, obrigatoriedade e relatividade subjetiva). Dessarte, estes princípios, atualmente, somente podem ser observados, desde que conformados aos princípios sociais dos contratos. Apesar da propalada onda neoliberal, que advoga a tese da confiança nos mecanismos de mercado para suprir as necessidades sociais, com ausência de regulação estatal cremos na manutenção do Estado social, com cariz regulatório. Portanto a realização da defesa do consumidor e a regulação estatal estão intrinsecamente relacionadas. Eis o grande desafio do Estado, qual seja: encontrar mecanismos de equilíbrio entre o mercado e a defesa do consumidor, enquanto princípio condicionante da atividade econômica. Quer dizer, a regulação é socialmente exigível, mas desde que seja eficiente e efetiva. A instituição do Estado Democrático e Social de Direito, como princípio estruturante antes de tudo expressa a consolidação de elementos democráticos, comprometidos com a solidariedade e com a justiça social, no qual se encontra a defesa do consumidor fundada no macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras –chave:

contratos;

princípios contratuais;

direito contratual;

direito do consumidor.

ABSTRACT

These thesis shows that the defense of the consumer as a constitutional principle and expression of citizenship is only realized in the bivalency of the welfare state before the social contractual principles (trustworthy, social function and material equality). These principles, corollary of the solidarity and social justice principles, are going to carry out the economical constitutional order contemplated by the democratic welfare state. As to liberal, individual contractual principles (private autonomy, obligatorily and subjective relativism), they can only be observed nowadays since conformed to social contractual principles, both in their outside limits and also in their contents. Therefore the defense of the consumer suffers a huge transformation, since it is no longer considered in its original economic context, as it becomes a conditioning principle of the economic activity, which requires state's protection. So this new perspective requires the consumer's defense to be taken as a constitutional principle, constructive of citizenship, whose substance is situated in the structuralizing principle of the Social Democratic Law State, based on the macro principle of dignity of the human being.

Key words:

Contracts

Contractual principles

Contractual law

Consumer's law

Sumário

Introdução

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS NA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL

1. Premissas iniciais.....	01
2. A supremacia dos princípios constitucionais.....	02
3. A estrutura normativa bidimensional do sistema jurídico constitucional.....	03
4. O princípio da proporcionalidade como dirimente da colisão de princípios.....	06
5. A unidade da Constituição e a interpretação constitucional.....	09
6. A interpretação constitucional e o Estado Democrático de Direito como princípio estruturante.....	11
7. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana.....	13
8. O macroprincípio da dignidade da pessoa humana nas constituições brasileiras.....	16

CAPÍTULO II

A CODIFICAÇÃO CIVIL E OS PRINCÍPIOS LIBERAIS DOS CONTRATOS.

1. A constituição política e a codificação civil.....	20
2. Os princípios contratuais clássicos.....	23
3. O princípio da autonomia privada.....	24
4. O princípio da obrigatoriedade.....	32
5. O princípio da relatividade subjetiva.....	39

CAPÍTULO III

CENÁRIO DE TRANSFORMAÇÃO: DA CODIFICAÇÃO À

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ESTADO SOCIAL

1. Do Estado liberal ao Estado social: a grande viragem.....	41
2. A insuficiência da codificação civil no cenário do Estado social.....	43
3. Da escuridão à luz: a constitucionalização do direito civil.....	45
4. A constitucionalização do direito civil e o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.....	49
5. A constitucionalização do direito civil e a crise da codificação.....	51
6. A constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	52
7. A constitucionalização do direito civil e a superação da dicotomia público e privado.....	55

CAPÍTULO IV

DA MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

1. Do abstencionismo ao intervencionismo estatal.....	57
2. Dirigismo contratual público.....	61
3. Dirigismo contratual privado.....	64

CAPÍTULO V

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DO ESTADO SOCIAL.

1. Socialização da teoria contratual.....	70
2. O princípio da boa fé.....	73
3. O princípio da função social.....	80
4. O princípio da equivalência material dos contratos.....	86
5. Os princípios sociais do contrato nas constituições brasileiras.....	88

CAPÍTULO VI

RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO

1. Elementos caracterizadores das relações de consumo.....	93
2. A defesa do consumidor e a nova ordem social.....	94
3. O direito do consumidor enquanto direito fundamental.....	98
4. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.....	101

CAPÍTULO VII

OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

1. A natureza principiológica do Código de Defesa do Consumidor.....	105
2. O princípio da boa fé no Código de Defesa do Consumidor.....	107
3. O princípio da função social no Código de Defesa do Consumidor.....	108
4. A defesa do consumidor como princípio delimitador da atividade econômica.....	111
5. A livre iniciativa econômica.....	112
6. A (des)primorosa linearidade principiológica.....	115
7. O princípio da equivalência material dos contratos no Código de Defesa do Consumidor.....	119
8. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.....	122

CAPÍTULO VIII

OS SUBPRINCÍPIOS CONTRATUAIS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

1. Breves considerações sobre a natureza dos subprincípios.....	124
2. O subprincípio da vulnerabilidade do consumidor.....	126
3. O subprincípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo.....	128
4. O subprincípio da informação.....	132

4.1 Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.....	138
4.2 A consequência do inadimplemento do dever de informar.....	140

CAPÍTULO IX

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A NOVA CODIFICAÇÃO CIVIL EM FACE DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO

1. Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil: (in) compatibilidades?.....	144
2. O princípio da continuidade da relação contratual ante o Código de Defesa do Consumidor e a codificação civil.....	146
3. O contrato de adesão na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor e da codificação civil.....	149
4. Princípios sociais do contrato em face da nova codificação civil.....	154
5. Caso exemplar: posição e crítica da jurisprudência.....	161

CAPÍTULO X

OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO NO MOSAICO DAS INCERTEZAS

1. Estado neoliberal ou Estado regulador ?.....	170
2. O Estado intervencionista.....	172
3. A crise do Estado social.....	173
4. As dimensões do neoliberalismo, da pós-modernidade e da globalização econômica.....	177
5. O Estado social em transformação na dimensão da cidadania.....	184

CAPÍTULO XI

OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE CONSUMO NA DIMENSÃO SUPRANACIONAL

1. Considerações prévias acerca da supranacionalidade.....	191
2. A defesa do consumidor na dimensão supranacional e a atividade regulatória.....	197
3. As leis de defesa do consumidor dos países do Mercosul.....	199
4. Lei de Defesa do Consumidor da Argentina.....	200
5. Lei de Defesa do Consumidor e do Usuário do Paraguai.....	202
6. Normas relativas às relações de consumo do Uruguai.....	203
7. O Código de Defesa do Consumidor em cotejo com as legislações consumeristas dos outros países do Mercosul.....	204
8. O Código de Defesa do Consumidor do Mercosul.....	205
9. A experiência brasileira do Estado regulador e o contratante consumidor.....	212
CONCLUSÕES: ROL DAS NASCENTES.....	215
BIBLIOGRAFIA.....	222

RESUMO

A presente tese demonstra que a defesa do consumidor, enquanto princípio constitucional e expressão da cidadania, somente se concretiza na ambiência do Estado social ante os princípios sociais do contrato (boa-fé, função social e equivalência material). Estes mesmos princípios, corolários dos princípios da solidariedade e da justiça social, realizarão a ordem econômica constitucional, contemplada pelo Estado Democrático e Social de Direito. Quanto aos princípios liberais ou individuais do contrato (autonomia privada, obrigatoriedade e relatividade subjetiva) somente podem ser observados, atualmente, desde que conformados, tanto em seus limites externos quanto em seus conteúdos, aos princípios sociais do contrato. Portanto a defesa do consumidor sofre uma enorme transformação, deixa de ser apreciada no contexto econômico de origem e passa à condição de princípio condicionante da atividade econômica, exigindo portanto a regulação estatal. Assim, essa nova perspectiva requer que a defesa do consumidor seja compreendida como princípio constitucional realizador da cidadania, cujo substrato localiza-se no princípio estruturante do Estado Democrático e Social de Direito, fundado no macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: contratos; princípios contratuais; direito contratual; direito do consumidor

ABSTRACT

These thesis shows that the defense of the consumer as a constitutional principle and expression of citizenship is only realized in the bivalency of the welfare state before the social contractual principles (bona fides, social function and material equality). These principles, corollary of the solidarity and social justice principles, are going to carry out the economical constitutional order contemplated by the democratic welfare state. As to liberal, individual contractual principles (private autonomy, obligatorily and subjective relativism), they can only be observed nowadays since conformed to social contractual principles, both in their outside limits and also in their contents. Therefore the defense of the consumer suffers a huge transformation, since it is no longer considered in its original economic context, as it becomes a conditioning principle of the economic activity, which requires state's protection. So this new perspective requires the consumer's defense to be taken as a constitutional principle, constructive of citizenship, whose substance is situated in the structuralizing principle of the Social Democratic Law State, based on the macro principle of dignity of the human being.

Key words: Contracts; Contractual principles; Contractual law; Consumer's law