

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Júlia Ampese

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS
CONTRATOS DE CONSUMO E A EFETIVAÇÃO DA
PROTEÇÃO AOS VULNERÁVEIS

Casca

2018

Júlia Ampese

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS
CONTRATOS DE CONSUMO E A EFETIVAÇÃO DA
PROTEÇÃO AOS VULNERÁVEIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca

2018

Dedico este trabalho ao meu pai, pelo esforço despendido em prol da minha educação e crescimento, a minha mãe, *In Memoriam*, que sempre foi e sempre será o motivo pelo qual pretendo ser melhor a cada dia, e que infelizmente não pode estar presente neste momento tão importante da minha vida. A minha irmã pelo carinho, atenção e companheirismo. Ao meu cunhado e a minha afilhada Isabela, que é motivo da minha felicidade e força, e as minhas amigas Luísa e Tais, que me incentivaram e me deram apoio sempre que precisei.

Agradeço primeiramente a Deus, pelo amparo e proteção, e ainda, por sempre destinar-me forças no decorrer deste árduo caminho.

Agradeço ao meu pai Reinaldo e a minha irmã Deise, pela paciência, amor, carinho, compreensão e suporte, durante este longo percurso.

Agradeço pela disponibilidade, paciência, carinho e compreensão dedicados a mim, tanto como mestre em sala de aula, quanto orientadora na confecção do trabalho, pela Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Agradeço as minhas amigas Luísa e Tais por serem atenciosas, por oferecerem palavras amigas quando precisei e por permanecerem ao meu lado independentemente da situação.

“Entre o fraco e o forte, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”

(Lacordaire)

RESUMO

O presente estudo analisa a relativização da autonomia da vontade nos contratos de consumo. Para tanto objetiva-se investigar se essa mitigação da autonomia da vontade representa uma forma eficaz de proteção ao consumidor, considerado parte vulnerável da relação. O tema revela-se oportuno visto que a sociedade de consumo é caracterizada pelo consumo em massa, logo, os contratos devem ser ágeis para materializar essas relações, bem como sofrem intervenções por parte do Estado. Utilizando-se de um viés hermenêutico, verifica-se que o contrato de consumo, envolve uma grande diferença entre consumidor e fornecedor, visto que não possuem igualdade entre si, com isso as partes acabam sofrendo limitações de seus direitos, para alcançar uma isonomia. Constata-se que para evitar essa desigualdade o Estado passou a intervir na relação com o intuito de estabelecer a paridade entre partes contratantes e garantir a premissa constitucional de proteção ao consumidor. Assim, a autonomia da vontade precisa ser relativizada para que outros princípios sejam garantidos, tais como: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vulnerabilidade do consumidor, revelando desse modo respeito à pessoa humana.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Intervenção do Estado. Relação de consumo. Sociedade de consumo. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	A AUTONOMIA DA VONTADE E OS CONTRATOS.....	9
2.1	Evolução histórica da autonomia da vontade.....	9
2.2	Noção de autonomia da vontade	16
2.3	Autonomia da vontade como núcleo do conceito de contrato.....	21
3	OS CONTRATOS DE CONSUMO NO ORDENAMNETO JURÍDICO BRASILEIRO	26
3.1	A sociedade de consumo	26
3.2	A relação de consumo	31
3.3	Princípios inerentes à relação de consumo	35
4	A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	43
4.1	A intervenção do Estado nas relações consumeristas.....	43
4.2	Contratos de adesão: situação especial da autonomia da vontade	49
4.3	A autonomia da vontade nos contratos de consumo.....	53
5	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a relativização do princípio da autonomia da vontade nos contratos de consumo. Para tanto, leva-se em conta a evolução da sociedade e a mudança ocorrida no direito em face dessa alteração, visto que a atual sociedade de consumo demandou do direito uma nova proteção contratual à parte considerada vulnerável.

Justifica-se a escolha do tema com base na premissa de que se vive em uma sociedade de consumo, marcada por grandes avanços capitalistas, caracterizada pelo consumo em massa, que se revela no comprar e descartar de modo incessante, com intuito de acompanhar as novas tecnologias que vão surgindo a cada dia. Em face dessa sociedade consumerista o Estado criou mecanismos de proteção, para que a relação entre consumidor e fornecedor fosse igualitária, compreendendo a defesa do consumidor como um direito fundamental. Desse modo, o Estado realiza essa proteção, partindo da presunção da vulnerabilidade do consumidor e com isso impondo diversas regras na relação consumerista, sendo uma delas a limitação da autonomia da vontade nos contratos de consumo.

A presente pesquisa tem por objetivo estudar o princípio da autonomia da vontade que serve de núcleo para as obrigações contratuais. Também, busca-se compreender a relação de consumo e sua contextualização no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, objetiva-se analisar a limitação do princípio da autonomia da vontade nas relações consumeristas, tendo em vista a necessidade de proteger o consumidor, considerado vulnerável na relação entre consumidor e fornecedor, pois este possui conhecimento técnico da área em que atua, já o consumidor não possui.

Frente a realidade das relações de consumo, pergunta-se: as restrições à autonomia da vontade nos contratos de consumo, ferem a liberdade de contratar? Em que valores e paradigmas se fundamentam tais limitações? Para responder a problemática apresentada, no que se refere ao método de procedimento, adota-se o monográfico, que se dedica ao estudo de grupos, de profissões, de instituições e outros. Já, a forma de pesquisa é a bibliográfica, com a utilização de doutrina referente ao tema, seja por obras clássicas, seja por artigos recentes, bem como por jurisprudência.

O método de abordagem utilizado neste trabalho é o método hermenêutico, visto que melhor se aplica a análise do tema. Este método tem como objetivo descobrir o conhecimento e interpretar o que está sendo transmitido por aquele texto, por isso é um método de

interpretação de textos, interpretação do sentido, do que o texto quer revelar, e o que está oculto no texto.

Para melhor apresentação do assunto optou-se por dividir em três capítulos, sendo eles: a autonomia da vontade e os contratos; os contratos de consumo no ordenamento jurídico brasileiro; e, por último, a mitigação do princípio da autonomia da vontade nas relações de consumo.

O primeiro capítulo destina-se a abordar a evolução histórica da autonomia da vontade, partindo do Estado Liberal até chegar no Estado Democrático de Direito. Ainda, estudar o conceito da autonomia da vontade no ordenamento civil pátrio. E por último, entender a relação entre o conceito de contrato e a autonomia da vontade, visto que a autonomia da vontade, além de ser um princípio, também faz parte do núcleo do conceito de contrato.

O segundo capítulo tem por escopo estudar a evolução e a conceituação da sociedade de consumo e a sua importância para a modificação na forma de consumir. Examina-se, também, a conceituação de relação de consumo juntamente com os elementos que a compõem. Por fim, realiza-se um estudo acerca dos princípios que regem a relação e consumo, com especial atenção ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, razão de ser do código protetivo.

Já o terceiro capítulo ocupa-se, primeiramente, em analisar a intervenção do Estado nas relações de consumo, partindo do pressuposto constitucional de dever de proteção e defesa. Após, abordam-se os contratos de adesão que representam uma situação diferente na manifestação da autonomia da vontade. Ainda, estuda-se a relativização da autonomia da vontade nos contratos de consumo.

Por fim, o presente estudo não objetiva esgotar a matéria analisada, mas serve de caminho para a reflexão, em face do assunto estar atrelado a diversas situações e entendimentos complexos, configurando-se passível de inesgotáveis e pertinentes debates, o que demonstra ser um tema extremamente instigante.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE E OS CONTRATOS

A autonomia da vontade representa a liberdade da pessoa de autodeterminar-se na esfera dos negócios de sua vida privada, desde que não viole a lei. Essa faculdade tem intensa relevância no direito contratual, visto que revela o poder de escolha das partes, ou seja, os contratantes são livres para assumir obrigações (para contratar), para fixar o conteúdo dessas obrigações (o que contratar) e por fim escolher seus parceiros (com quem contratar).

Nessa linha, constata-se que o contrato como fonte de obrigações, tem seu fundamento em um acordo de vontade das partes, que por sua vez, possuem a liberdade de criar e fixar o conteúdo da obrigação, nos limites do ordenamento jurídico, elegendo o que melhor atende aos seus interesses. A autonomia da vontade faz parte do próprio conceito de contrato e representa o núcleo da obrigação contratual. Logo, o contrato pode ser definido como o acordo de vontades, que segue as normas jurídicas, e que tem por objetivo firmar um compromisso de interesses entre as partes contratantes.

Contudo, a noção da autonomia da vontade no direito contratual variou conforme o momento político, social, econômico e jurídico vivido por aquele meio social. Desse modo, imprescindível compreendê-la a partir da Revolução Francesa, que enalteceu a liberdade das pessoas, independente da análise da igualdade até o entendimento atual, que teve uma grande mudança causada, principalmente, pelo Estado Democrático de Direito, momento que esse conceito foi mitigado, para atender aos interesses das pessoas e sua dignidade.

2.1 Evolução histórica da autonomia da vontade

Cumprir iniciar a evolução histórica do conceito de autonomia da vontade quando do surgimento do modelo clássico de contrato, no Estado Liberal de Direito¹, até chegar a noção atual adotada pelo ordenamento jurídico. Assim, no Estado Liberal predominavam os interesses da burguesia e a liberdade, pois o Estado não intervinha na vida das pessoas.

¹ “O Estado liberal se caracterizou pelo domínio que a burguesia exerceu, porém, à medida em que o Estado se desprende desse domínio, dado o enfraquecimento do controle burguês de classe, passa a entidade estatal a ser o Estado de todas as classes, [...] o Estado liberal foi quem fundou a concepção atual de liberdade, com destaque para o primado da personalidade humana, bem como de que o modelo de contenção do poder estatal inspirou o surgimento dos denominados direitos fundamentais e da própria divisão de poderes” (PINHEIRO FILHO; CHUT, 2006, p. 288).

Destaca-se que o direito contratual foi marcado por dois períodos distintos: a teoria clássica ou liberal² e a teoria moderna ou social³. A concepção clássica oriunda do Século XIX, período caracterizado pela criação de diversas codificações e grandes construções doutrinárias, tem como base dois importantes princípios, o da liberdade contratual e o da obrigatoriedade. Eles são corolários de um princípio maior, o princípio da autonomia da vontade (NORONHA, 1994, p. 41-42).

Desse modo, foi a liberdade que caracterizou o princípio da autonomia da vontade, e constituiu a base da Declaração dos Direitos⁴ do Homem na Revolução Francesa. A liberdade era conceituada como a vontade livre de se expressar, com uma única limitação, que consistia em não prejudicar outras pessoas. A liberdade era caracterizada pela autonomia da vontade das partes em obedecer somente as leis que elas mesmas estabelecessem (DUSO, 2005, p. 209).

A autonomia individual foi consagrada em lei, a partir da Revolução Francesa⁵, pois nesta época a sociedade era vista como um conjunto de seres humanos livres e autônomos que estabeleciam relações entre si por meio da vontade, não se ligavam de outra forma senão pela vontade (GILISSEN, 2003, p. 738).

A Revolução Francesa fez com que o direito privado pudesse se tornar, também, um direito burguês, pois o direito retratava a ideologia, os anseios e as necessidades da classe burguesa. Esta classe passou, então, a representar toda a sociedade por meio de suas necessidades (SARLET, 2003, p.17-18).

² A concepção tradicional, “é aquela que herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e, ao mesmo tempo, uma era de grandes construções doutrinárias, algumas delas, como as de direito subjetivo, de pessoa jurídica e de negócio jurídico, tão fundamentais que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas. É essa concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios universitários, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsável pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e mais juristas do nosso tempo. Tal concepção clássica dos contratos tem na sua base dois princípios fundamentais, nunca descurados pelos autores, mesmo quando entendam deverem acrescentar-lhes ainda outros. Muito significativamente, aliás, quanto a estes “outros”, há divergência entre eles. Os dois princípios fundamentais são o da liberdade contratual e o da obrigação ou da vinculatividade do contrato” (NORONHA, 1994, p. 41-42).

³ Como estabelece Marques, “esta renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que essa socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações” (2011, p. 163).

⁴ Na França, a Declaração dos Direitos do Homem, “foi elaborada mesmo no início da Revolução, em Agosto de 1789; a Assembleia Nacional Constituinte acabava, na -noite dos sacrifícios- (4 de agosto), de abolir o regime feudal e todos os privilégios; proposta por La Fayette, a declaração francesa é nitidamente influenciada pela do Estado de Virgínia de 1776 e, sobretudo pelos escritos de J. J. Rousseau. A Assembleia Nacional proclama-a em 26 de Agosto de 1789” (GILISSEN, 2003, p. 425).

⁵ A Revolução Francesa ocorreu entre os anos de 1789-1799 e “consigna-se desta maneira um lugar excepcional na História do Mundo Contemporâneo. Revolução burguesa clássica, ela constituiu, para a abolição do regime senhorial e da feudalidade, o ponto de partida da sociedade capitalista e da democracia liberal na História da França. Revolução camponesa e popular, porque antifeudal sem compromisso, tendeu por duas vezes a ultrapassar seus limites burgueses: no ano II, tentativa apesar do malogro necessário, conservou por muito tempo valor profético de exemplo, e quando da Conspiração pela igualdade, episódio que se situa na origem fecunda do pensamento e da ação revolucionários contemporâneos” (ARAÚJO, 2016, p. 37).

A consagração da autonomia da vontade surgiu com o Código Civil francês de 1804, que disciplinou este princípio no artigo 1134⁶, estabelecendo como lei as convenções formadas entre as partes. Dessa forma, assemelhou essas convenções aos efeitos produzidos pela lei (GILISSEN, 2003, p. 738).

O liberalismo representou um período em que economistas, políticos e juristas enalteciam uma ordem econômica e social demonstrada pelas seguintes expressões: *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*⁷. Mas, o liberalismo não constituiu apenas uma doutrina econômica, ele trouxe, também, a ideia de que o homem possuía diversos valores morais e era dotado de direitos naturais que se opunham a ordem estatal (NORONHA, 1994, p. 64).

O liberalismo expressava a liberdade do indivíduo como um bem valioso em contraposição a não existência do direito natural, assim o fato do homem poder decidir seus próprios atos era a maior expressão da liberdade naquela época, em que a palavra de ordem era a autonomia das pessoas (MAGALHÃES, 2011, p.11).

A intenção econômica do liberalismo apontava a vontade individual da pessoa como elemento garantidor do equilíbrio econômico e da prosperidade. Assim, a satisfação do interesse individual ficava subsidiariamente imposta à satisfação do interesse geral, que era entendido como a soma de diversos interesses individuais (NEGREIROS, 2002, p. 25-26).

A principal ideia do liberalismo era dar autonomia às partes, e deixar ao indivíduo o máximo de liberdade econômica possível, para que com isso a demanda e a produção pudessem se desenvolver automaticamente. O Estado apenas deveria garantir ao indivíduo a liberdade necessária para que ele pudesse desenvolver sua personalidade e seus interesses particulares. A liberdade contratual, nesse caso, regulava a atividade de livre concorrência de mercado (BECKER, 2000, p. 25), sem intromissão do ente estatal.

Esta liberdade, pregada na época do liberalismo, representa a concepção formal da liberdade, caracterizada pela expressão de que todos os homens são livres e iguais em direitos. Não importava para esta concepção se todas as pessoas possuíam ou não igualdade de condições no exercício da sua liberdade. Acaso não possuíssem, ocorria uma desproporcionalidade na relação (NORONHA, 1994, p. 64).

⁶ Article 1134 “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”. Tradução livre da autora: Os acordos formados legalmente são legais para aqueles que os fizeram. Eles podem ser revogados apenas por consentimento mútuo ou pelas razões que a lei autoriza. Eles devem ser realizados de boa fé”

⁷ Tradução livre da autora “deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si mesmo”.

Nessa linha, é importante ressaltar a lição de Kant, pois ele apresentou o problema do poder em relação à vontade. Nessa relação apresenta-se o que o autor denomina de “faculdade de desejar”⁸ (RAMETTA, 2005, p. 260).

Para uma melhor compreensão observa-se que Kant realizou uma separação entre o mundo do ser⁹ e o mundo do dever ser¹⁰, isso fez com que houvesse uma mudança significativa nas regras de condutas jurídicas, visto que os princípios tiveram sua origem atrelada a subjetividade e não mais aos escritos da época. Kant passou, assim, a influenciar as Codificações que foram surgindo por meio do imperativo categórico¹¹. A partir deste entendimento, não se pode mais vincular um pessoa ao ato que ela não produziu por meio de sua vontade, pois este ato estaria violando a sua liberdade (BECKER, 2000, p. 27-28).

Para Kant, a autonomia da vontade era aquela “propriedade graças à qual ela é para si mesma a lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”. Assim, o princípio da autonomia da vontade determinava que a escolha que deve ser feita, precisa estar e fazer parte do querer como uma lei universal (1995, p. 85).

Logo, a liberdade tornava-se uma legislação universal somente se ela viesse atrelada à razão. Não poderia haver liberdade sem o agir por parte da razão e vice-versa. Esse entendimento fez com que a palavra liberdade fosse modificada pela palavra autonomia, já que o vocábulo liberdade não significava a escolha das partes entre objetos alternativos, mas sim apenas a escolha de querer ou não aquele ato (RAMETTA, 2005, p. 261).

Desse modo, inadmissível a existência de uma relação sem que a pessoa estivesse ligada a sua vontade de participar, pois isto violaria a liberdade. Se a pessoa demonstrasse seu ato como um ato dotado de vontade existia nessa relação a justiça contratual¹². A “tarefa do direito

⁸ Como explica Rametta, a “faculdade de desejar é definida como a capacidade, por parte do sujeito, de ser causa de objetos através de representações. No agir, essas representações adquirem o significado de metas (ou escopos) que o sujeito estabelece para si, e que tende a realizar mediante uma cadeia conseqüente de atividades e operações. Entretanto, ao permanecer num contexto com essas características, não se ultrapassa o limite da dependência de fatores puramente naturais. Por isso, torna-se necessário identificar- na faculdade de desejar- uma função que permita o abandono do mecanismo da determinação universal sensível, e proporcione, por parte do sujeito, a realização de um agir *livre*” (2005, p. 260).

⁹ “Sintetiza as leis universais e necessárias daquilo que se apresenta ao sujeito (fenômeno), daquilo que é” (SALGADO; OLIVEIRA, 2012, p. 8).

¹⁰ “Representa leis ao sujeito moral, que determinarão o seu agir, de modo que este agirá moralmente se agir por princípios a priori” (SALGADO; OLIVEIRA, 2012, p. 8).

¹¹ Segundo Kant, “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*. Ora deste único imperativo se podem derivar, como do se princípio, todos os imperativos do dever, embora deixemos por decidir se aquilo a que se chama dever não será em geral um conceito vazio, podemos pelo menos indicar o que pensamos por isso e o que é que este conceito quer dizer. Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: *Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade em lei universal da natureza*” (1995, p. 59).

¹² A justiça dessa forma “passou a ser vista como um fato natural, determinado pela livre concorrência, e não mais como uma exigência ideal à qual os fatos se deveriam curvar. Uma tal compreensão vedaria daí por diante qualquer intervenção nos contratos livremente sob pretexto de corrigi-los de pretensas injustiças em nome de uma “imaginária” equidade” (BECKER, 2000, p. 29).

era apenas assegurar a igualdade jurídica das partes e sancionar um tal contrato” (BECKER, 2000, p. 28-29).

A autonomia da vontade se tornou um princípio absoluto que tinha como objetivo realizar a justiça, pois se compreendia que a realização da justiça estava ligada à realização da vontade dos sujeitos. Assim, o negócio justo e válido era aquele formado pela composição da vontade das partes (MAGALHÃES, 2011, p. 12).

A vontade tinha como função tornar aquele ato como universal para os indivíduos. Dessa forma, o contrato era o meio pelo qual se expressava a universalidade, entendida como um conjunto de vontades individuais. Tornar o contrato universal significava que aquele contrato estipulado por vontades fazia lei entre as partes (RAMETTA, 2005, p. 267).

Assim, o contrato livremente estipulado era “tutelado contra qualquer violação, independentemente do seu conteúdo”, pois se as pessoas eram livres para contratar ou não, deveriam suportar elas sozinhas os inconvenientes ou prejuízos que eventualmente poderiam sofrer naquela relação. Com isso, a lesão¹³ no contrato era entendida como a consequência pela luta de interesses, em que o Estado apenas protegia os incapazes, deixando os outros defenderem-se por si próprios, já que o perigo da lesão era a desvantagem da liberdade. As normas do direito privado que estabeleciam regras sobre a autonomia da vontade não tratavam sobre a tutela contratual, a deficiência do acordo de vontade e o descumprimento do acordo, elas não eram positivadas (BECKER, 2000, p. 30).

O Estado confiava na liberdade que tinha dado às pessoas para contratarem individualmente como quisessem, assim abdicava de intervir na relação negocial e não estabelecia nenhuma restrição. O juiz, nesta relação, somente conferia a legitimidade formal do contrato e se a vontade estipulada era a vontade real e inicial das partes. Os contratos só poderiam ser corrigidos se houvesse alguma falha na sua celebração (BECKER, 2000, p. 32).

No decurso do século XIX, a figura do negócio jurídico foi definida como “declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos”. Logo, a vontade era o elemento criador de direitos e obrigações, denotando a necessidade de abstenção do poder público em intervir na esfera negocial das partes. A doutrina dominante da época compreendia a vontade interna como o elemento principal da sua manifestação, e essa vontade conferia ao ato jurídico todos os seus efeitos e nuances (BECKER, 2000, p. 43-44).

¹³ Como cita Becker “lesão é a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante a sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava prejudicado” (2000, p. 1).

A escola francesa e a alemã desenvolveram duas teorias para explicar a vontade: a escola francesa trouxe a teoria voluntarista (*Willenstheorie*)¹⁴ que defendia que a vontade interna das pessoas constituía os contratos; já a escola alemã com a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*)¹⁵ sustentava que não bastava a declaração de vontade, que deveria haver uma declaração das partes, valendo assim a vontade declarada e não a interna (TONIAL, 2009, p. 159).

A teoria voluntarista representava a teoria subjetiva¹⁶, ou seja, aquela que levava em conta a vontade do sujeito e o que essa vontade poderia causar. Porém, surgiu outra teoria para explicar a vontade, a teoria objetiva¹⁷, que dava mais ênfase ao negócio jurídico em consonância com o dogma da vontade, por isso o termo autonomia da vontade foi substituído por autonomia privada¹⁸. Segundo esta teoria o negócio jurídico é um meio estipulado pelo ordenamento para a produção de efeitos, e esses efeitos transformam o acordo celebrado em norma (MAGALHÃES, 2011, p. 9-15).

Na sequência destaca-se a queda do voluntarismo, que não significou o desaparecimento da vontade nos contratos. O que deixou de existir foi a autonomia da vontade como exercício de um poder soberano que se igualava a lei. A autonomia da vontade continuou a ser reconhecida pelo Estado, como a força dos indivíduos para fixar por si mesmos as regras nas relações jurídicas privadas porém, com limitações (BECKER, 2000, p 50-51).

A partir do século XIX, as transformações associadas a Revolução Industrial¹⁹, provocaram diversas modificações políticas e jurídicas, resultando no que se denominou de massificação da sociedade. Especificamente no que diz respeito aos contratos, a massificação²⁰

¹⁴ Tradução livre da autora “Teoria desejável”.

¹⁵ Tradução livre da autora “Teoria da declaração”.

¹⁶ Como cita Magalhães “Segundo Savigny, principal expoente da doutrina voluntarista, a base de toda declaração juridicamente relevante seria a existência e a perfeição da vontade. Ela é, então, o elemento genético, o sustentáculo e a essência do negócio, enquanto a declaração, indubitavelmente necessária, apresenta-se como banal instrumento para sua exteriorização. De acordo com a teoria, não só a ação deve ser querida, mas também os seus efeitos. O fundamento da vinculação negocial estaria na vontade do declarante dirigida aos efeitos gerados; a declaração de vontade (*Willenserklärung*) supunha necessariamente a existência de um elemento volitivo concorde com a declaração. Essa a principal diferença da nova categoria para os atos jurídicos em sentido estrito: neste, os efeitos são originados não da vontade, mas da influência direta da lei” (2011, p.10).

¹⁷ “Segundo a concepção objetiva, o negócio jurídico é visto como um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos, o que acaba por transformá-lo em espécie de norma concreta (normativismo), ou preceito (vertente preceptiva)” (MAGALHÃES, 2011, p. 15).

¹⁸ “Em contraposição ao império individual, a autonomia privada divulgada por Betti retrata a supremacia do social: o que torna o ato humano um negócio jurídico é a reconhecibilidade social daquele ato como regulamentador de relações jurídicas, e o acolhimento desse mesmo ato pelo ordenamento, isto é, a partir da valoração jurídica positiva daquele ato” (MAGALHÃES, 2011, p. 17).

¹⁹ “O processo de industrialização ocorrido na Grã-Bretanha, a partir da segunda metade do século XVIII consistiu, basicamente, na gradual substituição do homem pela máquina, isto é, na introdução da tecnologia no processo produtivo, promovendo a maquinofatura em lugar da manufatura. É parte componente da dupla revolução que caracteriza o período 1789- 1848, juntamente com a Revolução Francesa” (ARAÚJO, 2016, p. 75).

²⁰ “A revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a concepção individual pela coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem qualquer negociação prévia, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impessos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo de

é uma consequência do processo capitalista progressivo que fez surgir a racionalidade econômica com o objetivo de acelerar os negócios e as transações econômicas (NORONHA, 1994, p. 70-72).

Este período da Revolução Industrial ensejou, o que alguns autores denominam de primeira crise contratual, pois representou o momento da queda da concepção tradicional do contrato²¹ para o renascer de um contrato que representasse a massificação da produção e a distribuição de produtos. É nesse momento que nasce a atual concepção de contrato de consumo (MARQUES, 2007, p. 22-23).

Neste contexto surgiu a autonomia negocial, que é a atividade consubstanciada no negócio jurídico, determinada por lei aos particulares a fim de que eles possam usar dessa lei para atingir seus interesses básicos nas relações estabelecidas entre as pessoas. Permaneceu a teoria clássica da autonomia da vontade, mas agora os interesses das partes estão sendo protegidos por lei (BECKER, 2000, p. 51).

O Estado²², na sua versão Social de Direito, passou a intervir nas relações contratuais estabelecendo normas que reduziram a autonomia da vontade por meio do dirigismo contratual, que é um ato necessário para a garantia de equilíbrio na relação. Por meio de intervenções na relação de consumo o Estado garante a “defesa do contratante mais fraco contra os abusos da contraparte” (BECKER, 2000, p. 68).

Em síntese, a autonomia da vontade sempre representou o núcleo da noção de contrato, desde o Estado Liberal, em que teve seu ápice, passando pela época em que predominou o capitalismo industrial, na segunda metade do século XIX, até a primeira metade do século XX, consagrando-se, atualmente, como um princípio fundamental do direito privado (LÔBO, 2011, p. 19).

No momento atual do Estado Democrático de Direito, a autonomia da vontade fundamenta os contratos, porém vem mitigada pela necessidade da justiça contratual (princípio do equilíbrio econômico), da utilidade do pacto (princípio da função social) e pela imposição de normas de conduta aos contratantes (princípio da boa-fé objetiva).

transformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada” (MARQUES, 2011, p. 10-11).

²¹ “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade” (MARQUES, 2011, p. 70).

²² O Estado Social de Direito representa a atuação do Estado de forma “mais positiva e ativa no sentido de garantia dos direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos, tais como educação, saúde e trabalho, dentre outros. Assim, a postura neutra e ausente do Estado no modelo liberal é substituída por um caráter interventivo, que não encontra mais na figura da lei exclusivamente limites para sua atuação, mas também imposições de atuação e realização. Neste processo, opera-se, igualmente, uma reaproximação entre as esferas pública e privada num processo que se poderia denominar, concomitante e reciprocamente, como sendo de estatização da sociedade e de socialização do Estado” (HENNIG LEAL, 2006, p. 291).

Com esta evolução é possível demonstrar que a autonomia da vontade nasceu juntamente com o direito de liberdade das pessoas, ou seja, existe intrínseca relação entre a liberdade de contratar e o princípio da autonomia da vontade. Portanto, em um primeiro momento não existia a intervenção estatal, pois o Estado deixava as pessoas livres para contratarem, já que era uma forma de movimentação da economia. Atualmente, existe limitação da liberdade dos contratantes com o intuito de proteção e de garantia à igualdade material²³. Dessa forma, verifica-se que a noção de autonomia da vontade surgiu juntamente com o modelo tradicional de contrato, e dele nunca foi desvinculado, apenas modificado.

2.2 Noção de autonomia da vontade

A autonomia da vontade dá às partes na relação contratual, a possibilidade de contratar de acordo com sua vontade e necessidade, sempre resguardando os casos em que não é possível por lei a estipulação do contrato. Tal noção envolve a liberdade de contratar e suas limitações, e, por sua vez, faz parte do próprio conceito de contrato.

Segundo entendimento da doutrina clássica, o contrato é sempre um ato justo, por que foi algo buscado pelas partes e foi resultado dos interesses apreciados pelas mesmas, o que presume, teoricamente, o equilíbrio entre as prestações. E por ser justo e equilibrado o contrato, deve ser reconhecido às partes ampla liberdade de contratar, apenas limitada pelo atendimento da ordem pública e dos bons costumes, visto que tudo que não for proibido é permitido aos contratantes. Assim, foi desenvolvido o princípio da autonomia da vontade (BESSONE, 1997, p. 25-26).

O princípio da autonomia da vontade é um conceito oriundo da filosofia e significa o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico da eficácia²⁴ e validade²⁵ dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma é aquela que se manifesta livremente, ou seja, aquela que o sujeito contrata, se quiser, da forma que quiser e com quem quiser. Logo, deste entendimento retiram-se três ideias principais do que significa o princípio

²³“Já não basta que se considerem os homens iguais no momento de aplicar-lhes a lei: há que reconhecer de modo muito claro que as desigualdades fáticas entre os cidadãos impede uma verdadeira aplicação igual da lei entre os considerados iguais”. Esse conceito permite o tratamento desigual das partes, com o objetivo de garantir-lhes a igualdade. Pois as diferentes condições das partes autorizam um tratamento diferente entre elas (BARRETO, 2006, p. 459).

²⁴ Eficácia significa que: “ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 60).

²⁵“Validade – o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos, o que exige o atendimento de determinados pressupostos legais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 60).

da autonomia da vontade, sendo elas: a pessoa contrata se quiser, com quem quiser e da forma que quiser. (COELHO, 2012, p. 20).

O sujeito de direito é livre para contratar ou não, se de alguma forma achar que não é vantajoso assumir aquela obrigação, ninguém poderá obrigá-lo a contratar, mesmo quando já estiver compromissado, como no caso de existir um contrato anterior (COELHO, 2012, p. 20-21).

Outrossim, ninguém pode obrigar alguém a contratar com quem não deseja contratar, sendo irrelevantes os motivos que levam alguém a não querer contratar, podendo ser razões irracionais, emocionais ou intuitivas. E devido a esta liberdade de contatar, os sujeitos contratantes não podem ser substituídos em decorrência de ato unilateral da vontade de um dos contratantes, pois depende do consentimento de todos os contratantes (COELHO, 2012, p. 21).

A liberdade de contratar, oriunda do princípio da autonomia da vontade é um poder que todas as pessoas capazes têm para provocar ou obrigar-se ao nascimento de um direito. A autonomia da vontade é o poder dado aos particulares de traçar determinada conduta para o futuro (GOMES, 2002, p. 22-23).

Da mesma forma, os contratantes²⁶ têm liberdade ampla, de estipular, por meio de um acordo de vontades, as cláusulas do contrato, em face dessa liberdade. Por sua vez a lei, no que diz respeito a matéria contratual, tem uma natureza supletiva, o que significa que será aplicada, quando as partes nada disserem, ou seja, forem omissas sobre algo importante para a formação daquele contrato (COELHO, 2012, p. 21- 22).

Com isso, as normas legais possuem caráter supletivo ou subsidiário, sendo aplicadas no caso de silêncio ou omissão das partes, visto que deve prevalecer a vontade dos contratantes, pois o ordenamento permite que estipulem de forma diversa do que está disposto em lei. Em suma as partes são livres para determinar o conteúdo dos contratos, nos limites da lei (GOMES, 2002, p. 23).

Em complementação, Bessone estabelece que as normas devem ser seguidas e cumpridas pelas partes. Em contraposição a elas, estão as normas facultativas, entendidas como as cláusulas não obrigatórias do contrato, e só poderão ser estabelecidas se ambas as partes estiverem de acordo. As partes, portanto, poderiam contratar diversamente do que estabelecem as normas facultativas, mas se não fizerem, após a aceitação do contrato a norma facultativa se torna obrigatória, e assim deve ser cumprida (1997, p. 27).

²⁶ “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 53).

A autonomia da vontade se evidencia no “contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas”, demonstrando que a liberdade de contratar, afasta a interferência estatal da relação contratual (RIZZARDO, 2006, p. 19).

Porém, esta liberdade de contratar, que é o poder dado as partes de realizar o contrato de acordo com o que pretendem retirar dele, sem imposições legais, não é ilimitada, mas sim mitigada por dois fatores principais: a ordem pública e os bons costumes. E essas limitações impostas pelo Código Civil²⁷, são exceções ao princípio da autonomia da vontade (GOMES, 2002, p. 23-24).

Em face da liberdade contratual não ser absoluta, a vontade dos contratantes deve ser submetida ao interesse coletivo, nos termos do artigo 421 do Código Civil²⁸, visto que a função social do contrato limita a autonomia de contratar. Assim, o contrato deve possuir alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes se ajustem aos interesses da coletividade (DINIZ, 2006, p. 78-79).

A função social representa os efeitos causados pelo negócio jurídico a terceiros, e não às partes contratantes. A socialidade do pacto interfere no meio social em que se realiza o contrato, mas a autonomia dos contratantes não desaparece, somente a liberdade de estipular deve ser analisada perante as ideias de justiça e solidariedade social²⁹. Essa noção diz respeito aos deveres das pessoas perante à sociedade, com o intuito de combater o interesse individual jurídico em favor dos interesses comunitários (THEODORO JUNIOR, 2014).

Da mesma forma, o exagero da autonomia da vontade leva a situações sociais conflitantes, pois em alguns casos certas pessoas possuem um maior grau de discernimento, enquanto outras apresentam uma vontade fragilizada, oferecendo diversas condições para sua autonomia da vontade restar prejudicada. Assim, a função social do contrato estabelece uma prevalência do direito público sobre o privado, determinando uma justiça distributiva, em que deve ser dado a cada um o que é justo (RIZZARDO, 2006, p. 19- 21).

Outra grande preocupação a respeito da aplicação ou não da liberdade de contratar é a determinação do grau de liberdade dos contratantes, por que só se admite a vontade livre. O

²⁷ Estabelece que a “autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos: a) da Lei – a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral; b) da Moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa; c) da Ordem Pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.77).

²⁸ Artigo 421 do Código Civil, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁹ Artigo 3º da Constituição Federal, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

contato pode ser invalidado, desfeito ou declarado ineficaz nas hipóteses em que o sujeito não manifestou sua vontade livremente, ou não estava em condições de manifestá-la, esses casos são denominados de vícios de consentimento³⁰ e são fatores que perturbam a vontade das partes na relação contratual (COELHO, 2012, p. 22).

O princípio da autonomia da vontade estabelece que o contrato celebrado faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), para o sujeito de direito que mediante livre vontade estabeleceu com outro um compromisso. Surge uma obrigação imposta pela ordem jurídica de cumprir o que foi estipulado no contrato sob pena de cumprimento forçado daquela obrigação. Destaca-se que a parte é livre para obrigar-se ou não, logo o Estado pode aplicar sua coerção acaso o contratante não cumpra o que sua autonomia da vontade lhe levou a pactuar (COELHO, 2012, p. 22).

A obrigatoriedade é representada pelo princípio do *pacta sunt servanda*, que estabelece que “os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida”, ou seja, o acordo de vontade declarado tem valor de lei entre as partes, e se não ocorrer seu cumprimento, a parte será coagida a cumprir. O que faz com que o cumprimento seja obrigatório é o dever de lealdade, no qual compete ao sujeito ser fiel a sua promessa, e dizer a verdade (RIZZARDO, 2006, p. 24-25).

Tudo o que for estipulado no contrato deve ser cumprido fielmente, caso contrário poderá ensejar uma execução patrimonial³¹ contra a parte inadimplente, pois quando as pessoas contratam livremente, aquele acordo de vontades se incorpora ao ordenamento jurídico como uma verdadeira norma, sendo possível a intervenção estatal para buscar o seu cumprimento. Diante disso, o fato das partes contratarem com autonomia da vontade, vem atrelado à necessidade de proteger a confiança de cada um, que foi depositada naquele contrato. É nisto que se funda o *pacta sunt servanda*, ou seja, a obrigatoriedade de cumprir os pactos (DINIZ, 2014, p. 47-48).

Atualmente, o princípio da autonomia da vontade sofre restrições devido ao dirigismo contratual, que é a intervenção estatal no negócio jurídico, e esse dirigismo tem a função de interferir quando não existe igualdade entre as partes. Desta forma, se aplicam medidas

³⁰ Como estabelece Coelho “a teoria dos vícios do consentimento reputa não constituída a obrigação nas hipóteses de erro, dolo ou coação, por que fatores exógenos à vontade do sujeito deturparam-na no momento de sua manifestação no negócio jurídico. A emissão da vontade, nesse caso, é defeituosa” (2012, p. 22).

³¹ A execução ou a responsabilidade patrimonial “vincula-se a uma relação obrigacional em que os bens (patrimônio) do devedor têm uma finalidade sempre subsidiária, que é satisfazer a obrigação inadimplida. Isso importa em dizer que a satisfação do crédito inadimplido pela efetivação da responsabilidade patrimonial comporta uma execução subsidiária (genérica), pois, a rigor, será certo que a prestação específica não terá sido atendida pelo devedor, caso em que só restará atuar sobre os bens sujeitos à execução”. Dessa forma o Estado invade o patrimônio do executado para retirar dele os bens necessários ao adimplemento da obrigação pactuada (ABELHA, 2016, p. 72).

restritivas estatais, que fazem prevalecer os interesses coletivos sobre os individuais, protegendo, assim, os economicamente mais fracos (DINIZ, 2014, p. 44-45).

A representatividade do Estado nos contratos, por meio do dirigismo contratual, revela que o Estado intervém nas relações contratuais para representar a coletividade dos contratantes, se igualando à parte mais forte para propor ajustes na relação. Assim, ambas as partes ficam em uma posição igualitária³² para fazer valer a sua liberdade contratual (BDINE JUNIOR, 2008, p. 30).

Neste cenário, o Estado frequentemente ingressa na relação contratual impondo cláusulas e proibindo outras, faz com que a liberdade desapareça, pois existem outras vontades sociais que se impõem, seja pelo poder econômico ou pelo poder político (VENOSA, 2012, p. 365).

Destaca-se, ainda, a diferença existente entre autonomia da vontade e a autonomia privada, de modo que a autonomia da vontade revela uma vontade subjetiva, enquanto a autonomia privada revela uma vontade objetiva, resultante de uma declaração de vontade (OLIVEIRA, 2011, p. 6).

O princípio da autonomia privada é uma expressão que vem em substituição ao princípio da autonomia da vontade³³, atualmente o que se reconhece nas relações contratuais não é apenas a vontade das partes, mas também o estabelecimento por parte do ordenamento jurídico de normas que atribuem às partes o poder de autorregulamentarem seus próprios interesses na esfera privada (NORONHA, 1994, p. 112).

Na mesma senda, Magalhães expõe que a vontade subjetiva demonstra que a autonomia da vontade é entendida como uma vontade real e psicológica dos sujeitos, porém essa vontade tem força como fato e não como norma. Logo, não se pode imputar a ela força vinculante do negócio jurídico; já a vontade objetiva, que representa o negócio jurídico, é analisada no campo do dever-ser, compreendida como a declaração que atribui caráter de norma ao negócio (2011, p. 17-18).

O Código Civil garantiu a autonomia privada, concedendo às partes a liberdade de contratar, estabelecendo como limites a função social, a boa-fé objetiva³⁴ e a ordem pública. O

³² Como estabelece Marques: “trata-se, porém, de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade” (2011, p. 264).

³³ A autonomia da vontade é “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico que seria lei para elas”, ou seja, as partes sozinhas possuem o poder de convencionar no contrato celebrado o conteúdo e o objeto, por que lhes permitem escolherem com toda a liberdade a forma como se dará a satisfação do interesse. Já a autonomia privada “é a liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços” (NORONHA, 1994, p. 113-115).

³⁴ Como menciona Tonial “a boa-fé objetiva confirma a repersonalização nos contratos e mostra-se como um instrumento hábil para concretizar a dignidade da pessoa humana e promover a justiça social. Pela boa-fé objetiva os contratantes devem agir

fato de todas as pessoas possuírem autonomia para declarar sua vontade faz parte da autonomia da vontade, um princípio que decorre da dignidade da pessoa humana³⁵ (NERY JUNIOR, NERY. 2006, p. 410).

Para a conceituação da autonomia privada tem-se que, é a liberdade que as pessoas possuem de estipular através de contratos ou negócios jurídicos unilaterais seus interesses, principalmente, no que diz respeito à circulação de bens e serviços. Assim sendo, a autonomia privada é um princípio fundamental do direito privado, sem ele seria impossível viver em uma sociedade capitalista marcada pela produção e circulação de bens e pela prestação de serviços realizadas pela iniciativa privada (NORONHA, 1994, p. 115-116).

Portanto, denota-se a importância do princípio da autonomia da vontade para a realização dos contratos, pois é ele que concede às partes a liberdade de contratar, fazendo com que atinjam o objetivo pretendido com aquela relação. Porém, essa liberdade é limitada, devendo sempre prevalecer o interesse social, sem que essa relação jurídica prejudique interesses de terceiros, atingindo assim a sua função social. Ainda, existe a obrigação que a conduta das partes seja pautada pela lealdade e correção, à luz da boa-fé objetiva.

2.3 Autonomia da vontade como núcleo do conceito de contrato

Para melhor entender o princípio da autonomia da vontade, necessário relacioná-lo ao conceito de contrato. Enfatiza-se que o atual conceito de contratos envolve quatro elementos: a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico, ou seja, o pacto decorre do acordo de vontades das partes, que têm o dever de conduta, de portar-se de modo leal e correto, o contrato deve ter uma utilidade social e realizar trocas justas.

Nesse viés, destaca-se a importância do contrato que

representa um dos pilares do direito civil e, juntamente com a propriedade e a família, forma o tripé representativo desse ramo do direito, revelando as grandes áreas que o legislador preocupou-se em regulamentar quando da codificação da lei civil, ainda no século XIX. Tal contexto demonstra o intuito inequívoco da legislação, nascida no Estado Liberal, de proteger, manter e aumentar o patrimônio do sujeito de direito, visto que seus bens se apresentam como principal conteúdo das relações privadas; logo, sua defesa mostra-se como o núcleo do ordenamento jurídico (TONIAL, 2009, p. 142).

com eticidade, ou seja, pautar suas condutas pela lealdade e correção, respeitando a pessoa humana que se encontra no outro pólo do contrato” (2009, p. 199).

³⁵ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”.

Os contratos constituem um conceito jurídico, ou seja, uma “criação da ciência jurídica que submete relações de cunho econômico ao complexo de normas jurídicas criadas para regulamentar tal fim”. Com isso, o direito contratual possui o dever de formalizar as operações de cunho econômico em determinado meio social (TONIAL, 2009, p. 142).

Logo, o contrato é um negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, que depende do encontro da vontade das partes para existir. As partes acordam sobre como se dará aquela convenção, combinando seus interesses na constituição, modificação ou até extinção das obrigações. O fundamento do contrato é o fato de ser produzido pelos contratantes, pois representa a vontade humana, mas reconhecido pela norma jurídica. Assim, o contrato

é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2014, p. 31-32).

Na mesma senda, explicam Nery Junior e Nery que o contrato é um acordo de vontades, ou seja, um negócio jurídico³⁶ de duas ou mais partes com vontades diversas, e com o objetivo de criar, regular ou extinguir uma relação contratual. O fim econômico do contrato é a circulação de riquezas, ao mesmo tempo que visa obter a finalidade social (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 238).

O fundamento do contrato é a vontade humana, sempre respeitando os limites da ordem pública, e o *habitat* é o ordenamento jurídico. Desse modo, não basta apenas a mera manifestação de vontade, mas ela deve estar em conformidade com a ordem jurídica, já que a mesma permite que cada um pratique o negócio jurídico de modo a alcançar o efeito desejado (DINIZ, 2006, p. 8).

Observa-se que no Estado Democrático de Direito, o direito deve ser compreendido e interpretado sob um viés constitucional. Tal noção atribuiu novas perspectivas e novos fundamentos à liberdade de contratar, momento que a autonomia da vontade sofreu profundas modificações no ramo do direito contratual, impondo que a autonomia negocial não constitua um valor, como a liberdade constituía (NEGREIROS, 2002, p. 27-28).

Explica Marques que a nova concepção do contrato representa uma concepção social, na qual não importa somente a manifestação da vontade, mas também os efeitos do contrato

³⁶ “O ato ou negócio jurídico é válido quando regular imune de vícios, segundo o Código Civil. São requisitos para que o ato ou negócio jurídico seja válido: a) a *capacidade* do agente; b) a manifestação *livre* da vontade, isto é, a *vontade não viciada*; c) a *licitude* e a possibilidade do objeto” (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 238).

perante a sociedade. A condição socioeconômica das partes possui grande importância na formação contratual (2007, p. 27-28).

Esta mudança está relacionada com alguns princípios e regras constitucionais, que estão positivadas na Constituição Federal e fazem do contrato um instrumento a serviço da pessoa³⁷, da sua dignidade e do desenvolvimento, trazendo aos contratos ideias como justiça social, erradicação da pobreza, solidariedade e proteção ao consumidor (NEGREIROS, 2002, p. 107).

Assim, o conceito de contrato estruturado sobre os dogmas jurídicos da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), da liberdade de contratar e da igualdade entre as partes, vem sendo reformulado de forma que se encaixe na nova realidade social. Com isso, o conceito de autonomia da vontade encontra-se vinculado à utilidade do contrato e sob o viés da boa-fé objetiva (TONIAL, 2009, p. 170-171).

A vontade, que era o elemento mais importante na relação contratual, está sendo substituída por outras premissas. Embora ainda exista o respeito pela palavra que foi depositada no contrato, essa manifestação de vontade só vai ter sua eficácia se o contrato for justo e útil, visto que a liberdade deixou de ser um valor e tornou-se um instrumento para a concretização dos valores maiores, que são os valores da justiça e da utilidade pública (BECKER, 2000, p. 54).

A nova concepção contratual, denominada de contemporânea não está restrita apenas a observância da manifestação e da formação da vontade individual, mas exige o que se denominou de “novos princípios”, que são: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social (NEGREIROS, 2002, p. 111).

A função social encontra-se prevista no ordenamento jurídico por meio de uma norma aberta, nos termos do artigo 421 do Código Civil³⁸ e precisa de uma interpretação para ser preenchida pelo juiz. A função social revela-se como um freio à liberdade de contratar, com o intuito de atender a um interesse social (VENOSA, 2012, p. 375).

Desta forma, a função social do contrato limita o poder dos contratantes de estipular, para que esse contrato atenda aos interesses sociais e não viole interesses da coletividade, demonstrando assim um equilíbrio econômico-contratual (DINIZ, 2014, p. 47).

³⁷ Como cita Negreiros, “o princípio da boa-fé representa no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídico” (2002, p. 116).

³⁸ Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

No que tange ao conteúdo do contrato, estará firmado na função social o contrato que estiver pautado nos valores de solidariedade³⁹, de justiça social e da livre iniciativa⁴⁰. Não haverá atendimento à função social quando as prestações forem desproporcionais, quando houver vantagem somente para uma das partes e quando romper-se a base objetiva do contrato que é representada pela boa-fé objetiva⁴¹ (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 411).

Não estão atrelados à função social aqueles contratos que possam comprometer, lesar ou retirar direitos individuais, e a consequência da inobservância dessa cláusula gera a nulidade do negócio jurídico juntamente com a responsabilidade dos contratantes, que devem indenizar os prejuízos que foram causados com aquele contrato⁴² (COELHO, 2012, p. 50-51).

No que diz respeito a boa-fé objetiva, está disposta no artigo 422 do Código Civil⁴³, e impõe que as partes colaborem mutuamente no contrato, seja na fase de formação, execução ou extinção do contrato, tendo o dever de agir com lealdade e honestidade, com o objetivo de gerar uma confiança entre as partes contratantes (DINIZ, 2014, p. 53).

O princípio da boa-fé representa padrões éticos como a lealdade, a veracidade, a correção, e revela a ideia constitucional de construção de uma sociedade solidária, tendo como elemento principal dessa sociedade o respeito ao próximo e a dignidade da pessoa humana (NEGREIROS, 2002, p. 115-117). A boa-fé objetiva busca tutelar a confiança depositada pelas partes no contrato.

Caso algum dos contratantes não agir de boa-fé, se entende que ele está descumprindo um dever imposto pela lei, praticando assim um ato ilícito. A consequência será a de indenizar o outro contratante pelos prejuízos que ele sofreu em razão de não ter cumprido uma norma de conduta, mas nada obsta que eles continuem na relação contratual (COELHO, 2012, p. 47).

Quanto ao equilíbrio econômico, significa que o contrato deve ser proporcional para ambas as partes, as prestações para cada polo da relação contratual deve ser equivalente, pois o contrato não serve para promover a desigualdade e o desequilíbrio das partes, pelo contrário, a ideia de justiça contratual está firmada na igualdade material (TONIAL, 2009, p. 180).

³⁹ Artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

⁴⁰ Artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”.

⁴¹ “A socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais. Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à cláusula de boa-fé objetiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.87).

⁴² “A consequência para a inobservância da cláusula geral da função social do contrato é a nulidade do negócio jurídico e a responsabilidade dos contratantes pela indenização dos prejuízos causados” (COELHO, 2012, p. 51).

⁴³ Artigo 422 do Código Civil. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O equilíbrio é alcançado somente quando os contratantes estão em igualdade, nesse caso nenhuma das partes pode postular direitos que não sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Por isso, somente os indivíduos que estão em igualdade podem expressar sua autonomia da vontade (COELHO, 2012, p. 42-43).

A existência de equilíbrio econômico representa um ideal de justiça contratual, que tem como objetivo realizar o contrato sem que ele destrua com o equilíbrio patrimonial que existia anteriormente ao ato. Assim, cada uma das partes deve receber o equivalente ao que prestou na relação contratual. Essa exigência de justiça contratual será mais rigorosa quando o equilíbrio de forças entre os contratantes estiver gravemente comprometido (BECKER, 2000, p. 58), como por exemplo nas relações de consumo.

Devido a falta do equilíbrio econômico, no século XX em especial em certos contratos, como os de consumo, o conceito clássico mostrou-se ineficaz a essas novas formas de contratar. Assim, em 1990 surgiu o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de trazer igualdade para as relações que envolvam consumidores e fornecedores de produtos ou serviços (LÔBO, 2011, p. 30).

Para dar efetividade ao equilíbrio contratual e regulamentar a relação consumerista na atual sociedade, a lei limitou a autonomia da vontade e protegeu diversos interesses sociais, valorizando a confiança depositada na relação contratual, a expectativa das partes e a boa-fé dos contratantes (NEGREIROS, 2002, p. 28).

Nesse contexto, um dos principais motivos da renovação da teoria contratual foi o direito do consumidor. Em face dos contratos de consumo houve a necessidade de limitar a autonomia da vontade para alcançar equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, protegendo a parte vulnerável (consumidor) e impondo ao fornecedor deveres de informação, transparência e boa-fé (MIRAGEM, 2013, p. 225).

Portanto, a autonomia da vontade sempre existiu nos contratos, tanto que faz parte do conceito atual de contrato. Essa autonomia representa a liberdade das pessoas de contratar como quiserem, com quem quiserem e na forma que quiserem, sempre atendendo ao demais princípios contratuais, como a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

Assim, a evolução da sociedade, e principalmente o capitalismo trouxe a necessidade de revisão dos limites da autonomia da vontade, porque o excesso de liberdade prejudica algumas relações em que as partes não têm igualdade, como é o caso das relações de consumo. Diante disso, a autonomia da vontade sofre diversas restrições a fim de garantir que nenhum dos contratantes tenham prejuízos com a relação existente entre eles.

3 OS CONTRATOS DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vive-se em uma época em que impera a denominada sociedade de consumo, marcada por um grande aumento do consumo. Esta sociedade é representada pela necessidade das pessoas de possuir as mais novas e modernas opções do mercado. Em face da sociedade de consumo foram criadas as normas de proteção ao consumidor, que se constituem em um direito individual, previsto no inciso XXXII⁴⁴, do artigo 5º da Constituição Federal e que estão elencadas no Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessa realidade e com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor as relações contratuais que eram apenas regulamentadas pelo Código Civil, passaram a ser normatizadas pela codificação consumerista. Logo, as relações entre consumidores e fornecedores passaram a ter regulamentação própria e para isso diversos princípios e regras foram criados para garantir a igualdade nas relações entre as partes.

Para tanto, os princípios possuem papel fundamental na concretização dos direitos dos consumidores, dentre eles destaca-se o princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois é pelo reconhecimento dessa fragilidade que surge a necessidade de proteção ao consumidor que não está em igualdade de condições com seu fornecedor, nesse contexto social denominado Sociedade de Consumo.

3.1 A sociedade de consumo

A sociedade de consumo é um termo utilizado para definir aquele meio social em que as pessoas se preocupam com os objetos que elas possuem, por que isso significa uma forma de aceitação perante os demais. Esse termo tem intrínseca relação com o capitalismo, visto que ambos impõem a ideia de que as pessoas precisam estar sempre com os melhores e mais modernos produtos.

O termo sociedade de consumo surgiu no ano de 1920, porém popularizou-se a partir de 1950- 1960, esse termo é utilizado até hoje de forma emblemática a fim de representar a vida societária contemporânea (LIPOVETSKY, 2007, p. 14).

O surgimento da sociedade de consumo está atrelado a diversos fatores, dentre eles: o surgimento de novas mercadorias; o segundo motivo foi o aumento do grau de entendimento

⁴⁴ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

literal da população, que começou a se preocupar com novas formas de lazer; e a terceira mudança ocorreu pela passagem do consumo familiar para o consumo individual (BARBOSA, 2004, p. 9-10).

O consumismo trouxe incentivo ao consumo para assim sustentar a economia, visto que as pessoas comprem mais, a indústria produz e o comércio vende e com isso geram renda e emprego. Esse apelo ao comprar desperta desejos nas pessoas, que repensam sua qualidade de vida e a maneira do seu trabalho (SARRETA, 2013, p. 10).

Para explicar a evolução da sociedade de consumo, Lipovetsky dividiu em três eras, que denominou “As Três Eras do Capitalismo de Consumo”: a primeira caracterizada pelo nascimento dos mercados de massa, que surgiram no ano de 1880 e duraram até o advento do início da Segunda Guerra Mundial; a segunda é marcada pela edificação da “sociedade de consumo de massa”, na qual, o crescimento e a melhoria da qualidade de vida são os objetivos a serem alcançados por meio do consumo; e a terceira era é marcada pelo surgimento do hiperconsumo, em que as pessoas deixam de comprar por aparência e passam a comprar por necessidade (LIPOVETSKY, 2007, p. 16-26).

A primeira era, marcada pelo consumo em massa, criou um novo cenário para a sociedade da época, pois os pequenos mercados locais desapareceram, dando lugar ao surgimento de grandes mercados nacionais, porém, isso tudo só foi possível pela modernização da infraestrutura dos transportes e da comunicação. Este fato gerou uma regularidade e agilidade do transporte para as fábricas e para as cidades, ocasionando o desenvolvimento do comércio (LIPOVETSKY, 2007, p. 16).

Essa fase teve uma grande expansão ocasionada pelas novas técnicas de produção, que permitiram a produção em série, ou seja, criou-se uma padronização na produção e com isso um aumento de volume de produtos. Esses produtos eram embalados em pequenas quantidades e assim poderiam ser distribuídos e vendidos nacionalmente com um preço unitário baixo (LIPOVETSKY, 2007, p. 16).

A Revolução Industrial teve intrínseca relação com a sociedade de consumo, elas são “dois lados da mesma moeda”, visto que o desenvolvimento do capitalismo que se instaurou depois da Revolução Industrial contribuiu significativamente para o aumento do consumo (BRASIL; Secretaria Nacional do Consumidor, 2013, p. 20).

Importante destacar que o capitalismo de consumo não nasceu apenas pelo avanço das técnicas de produção capazes de produzir em grande escala um produto padronizado. O capitalismo de consumo é uma construção cultural e social que envolveu a “educação” dos

consumidores e o induzimento ao consumo⁴⁵ produzido pelos empreendedores (LIPOVETSKY, 2007, p. 17).

O ato de consumo passou a estar intrinsecamente ligado ao marketing, pois o consumo nasce da necessidade de adquirir e utilizar aquilo que foi “induzido” a compra e não o que o consumidor necessita realmente, o que representa uma das finalidades do capitalismo. (SARRETA, 2013, p. 13).

A publicidade e a mídia são capazes de “desestabilizar a noção original de uso ou significado dos bens e afixar neles imagens e signos novos, que podem evocar uma série de sentimentos e desejos associados” (FEATHERSTONE, 1990, p. 80).

Por volta dos anos de 1950 surgiu o novo ciclo das economias de consumo, esta foi caracterizada pelo excepcional crescimento econômico e pela elevação da produtividade dos trabalhadores. Nessa fase a sociedade ficou conhecida como a “sociedade de abundância”, pois o poder de compra multiplicou-se, tornando possíveis os sonhos consumistas (LIPOVETSKY, 2007, p. 19-20).

Durante essa fase edifica-se a sociedade do consumo de massa, para essa sociedade o importante é crescer e melhorar de vida, e é por meio do consumo que eles atingem esse objetivo. Toda a sociedade vai em busca de um dia a dia confortável e fácil, para eles o importante era possuir um lar bem equipado e moderno (LIPOVETSKY, 2007, p. 21).

Porém, essa sociedade de consumo trouxe a caracterização de uma sociedade desigual, visto que a crescente utilização irresponsável dos recursos, as mudanças no clima e a utilização de diversas tecnologias para aumentar o consumo causaram esgotamento de determinados produtos e recursos naturais (BRASIL; Secretaria Nacional do Consumidor, 2013, p. 41-43).

Com o fim da segunda fase, surgiu o hiperconsumo, que representa a terceira era da sociedade de consumo, caracterizada por um consumo emocional. As pessoas buscam mais objetos para viver do que apenas para aparência. As compras servem para satisfazer necessidades físicas, emocionais, estéticas e relacionais. Logo, o consumo para si tomou o lugar do consumo para os outros, dando ensejo a uma era de satisfação de necessidades pessoais (LIPOVETSKY, 2007, p. 26).

⁴⁵ Até os anos de 1880, os produtos eram vendidos sem marcas, após esse período as indústrias passaram a adicionar marcas em seus produtos, vindo a surgir o marketing em massa. O aparecimento das grandes marcas modificou profundamente a relação do consumidor com o varejista, pois não era mais o vendedor que o consumidor procurava, mas sim a marca. Essa inovação transformou o cliente tradicional em um consumidor moderno que buscava por determinado produto específico por que foi provocado pela publicidade daquele bem (LIPOVETSKY, 2007, p. 18).

Featherstone explica essas três ideias principais sobre a cultura de consumo⁴⁶, sustentando: a primeira ideia estabelece que o objetivo da cultura de consumo é a “expansão da produção capitalista de mercadorias, que deu origem a uma vasta acumulação de cultura material na forma de bens e locais de compra e consumo”; a segunda posição é mais sociológica e explica que a relação entre os compradores e a satisfação proporcionada pelo acesso aos bens resulta na criação de vínculos pessoais e na diferenciação social com as demais pessoas; e por fim, a última posição expõe que o consumo causa nas pessoas um prazer emocional, o que as pessoas consomem faz parte dos sonhos e desejos consumistas. A ação de consumir causa nas pessoas prazeres estéticos (1990, p. 15).

Na sociedade contemporânea, o termo sociedade de consumo significa a satisfação de “necessidades básicas e/ou supérfluas”. As pessoas dessa sociedade consomem para poderem manipular fisicamente e socialmente os objetos adquiridos, que possuem como fim social servir de símbolo de diferenciação e gratificação individual de cada indivíduo (BARBOSA, 2004, p. 3).

O consumo emocional revela um consumo desconstitucionalizado, com ênfase na satisfação das sensações que proporcionem um maior bem estar subjetivo. Significa uma relação emocional dos indivíduos com as mercadorias que adquirem, tornando-se assim pessoas menos preocupadas com a sociedade e mais individualistas (LIPOVETSKY, 2007, p. 28).

A sociedade de consumo está ligada ao capitalismo. A necessidade do consumo afeta a convivência diária das pessoas e influencia na desigualdade social, já que, as pessoas se identificam umas com as outras, não somente por afinidades pessoais de convivência, mas também pela capacidade aquisitiva de cada um, que é o consumo (SARRETA, 2013, p. 9).

A premissa da sociedade de consumo é satisfazer os desejos humanos de uma forma tão completa que nenhuma outra sociedade conseguiu alcançar. A irrealização dos desejos faz com que a promessa de satisfação exista e permaneça até que o desejo seja total e plenamente satisfeito. Não suprir o desejo de maneira definitiva retrata o modo de agir da economia, já que a insatisfação gera a busca pela compra (BAUMAN, 2009, p. 105).

Porém, a sociedade de consumo tem tornado a insatisfação das pessoas permanente, pois existe a desvalorização e a depreciação do produto que foi adquirido recentemente pelo

⁴⁶ Para Featherstone “usar a expressão “cultura de consumo” significa enfatizar que o mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação são centrais para a compreensão da sociedade contemporânea. Isso envolve um foco duplo: em primeiro lugar, na dimensão cultural da economia, a simbolização e o uso de bens materiais como “comunicadores”, não apenas como utilidades; em segundo lugar, na economia dos bens culturais, os princípios do mercado- oferta, demanda, acumulação de capital, competição e monopolização- que “operam “dentro da esfera dos estilos de vida, bens culturais e mercadorias” (1990, p. 121).

consumidor, para que ele adquira outro. Assim, logo após alcançar seu desejo, o produto é desvalorizado (BAUMAN, 2009, p. 105).

A sociedade contemporânea passou a ter uma ideia negativa da sociedade de consumo, pois, ela se tornou materialista e pecuniária, “na qual o valor das pessoas é aferido pelo que elas tem e não pelo que elas são” (BARBOSA, 2004, p. 16).

Para essa sociedade, consumir significa investir na aceitação social de si próprio. A maioria dos produtos que estão à disposição do consumidor possuem um valor atribuído pelos próprios consumidores, na medida da necessidade que eles impõe sobre aquela aquisição. Para o consumidor o ato de consumir significa investir em si mesmo e na sua autoestima (BAUMAN, 2008, p. 75-76).

Os consumidores estão se coisificando⁴⁷, pois além de transformar tudo em objeto de venda, o ser humano está ele próprio se tornando um objeto em busca de aceitação perante a sociedade. A priorização da mercadoria está transformando o cidadão em um simples indivíduo, pois o consumo excessivo afeta a relação interpessoal (SARRETA, 2013, p. 16).

Pode-se perceber esse isolamento, a sociedade de consumo é impessoal, visto que as mercadorias “são produzidas para um mercado de massas e não para indivíduos específicos”. Diante disso, o consumidor não é uma pessoa conhecida, mas sim, um sujeito anônimo que se assemelha a um objeto, junto com os outros consumidores que se encontram na mesma situação (BARBOSA, 2004, p.16).

Porém, a sociedade de consumo não trouxe apenas prejuízos às pessoas, ela trouxe também benefícios, tais como: aumento na expectativa de vida, aumento no nível de escolaridade, melhoria na saúde, na educação, na moradia, no saneamento e também ampliou os momentos de acesso ao lazer. A sociedade de consumo proporcionou um aumento significativo de bens que estão à disposição do consumidor para facilitar a sua vida e dar comodidade às pessoas (BRASIL; Secretaria Nacional do Consumidor, 2013, p. 37-39).

Essa evolução causou diversas modificações no âmbito jurídico. É possível perceber isso na explicação de Marques, quando refere que a produção e distribuição em massa, originária da sociedade de consumo, despersonalizou e desmaterializou o comércio. As empresas e até o Estado, quando realizam a função de prestar determinado serviço, estabelecem diversos contratos iguais no mercado, por meio dos contratos de adesão impostos aos consumidores (2011, p. 70-71).

⁴⁷ Aduz Bauman que “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo”, para se tornarem parte da sociedade de consumo eles mesmos assumem o lugar de uma mercadoria. O próprio consumidor possui o poder de aumentar ou diminuir os preços conforme a atratividade que ele dá a determinado bem (2008, p. 76).

O direito passou a observar que a tendência era o modelo de produção em série, em que, o fornecedor passou a criar contratos padrões e formulários para unilateralmente impor à aceitação dos consumidores. Diante dessa situação era necessário regular e a Lei 8.078/90 surgiu com essa perspectiva, já que o Código Civil de 1916, bem como as demais normas, não estavam mais conseguindo suportar as situações tipicamente de massa (NUNES,2015, p.160).

Assim, verifica-se o que a evolução da sociedade de consumo contribuiu para o surgimento de um ordenamento protetivo ao consumidor, para que assim, ele pudesse ser protegido e resguardado das diversas situações que essa sociedade proporciona. As facilidades de consumo e de crédito aliados à publicidade, criam desejos, que são promessas tentadoras para o consumo.

Nesse contexto, ressalta-se a importância de uma proteção eficaz ao consumidor que vive cercado de anúncios que o induzem a comprar e manter-se insatisfeito, para que dessa forma volte a adquirir novos produtos ou serviços. Para tanto passa-se a análise da relação de consumo.

3.2 A relação de consumo

É necessária a identificação de uma relação de consumo para que o Código de Defesa do Consumidor possa ser aplicado, ou seja, necessita de uma qualificação especial das partes, que são denominadas de fornecedor e consumidor. Ambos são definidos em lei e o consumidor, por representar a parte vulnerável necessita de uma maior proteção para que a relação se torne igualitária.

A Constituição Federal de 1988⁴⁸ dedicou especial atenção a proteção e cuidado dos consumidores, pois inseriu a defesa do consumidor como um direito⁴⁹ e uma garantia fundamental⁵⁰, além disso vinculou a proteção do consumidor ao princípio da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2006, p. 123- 124).

⁴⁸ Preambulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁴⁹ “Os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade” (MORAES, 2016, p. 567).

⁵⁰ “Garantias constitucionais figuram como formalidades que asseguram o exercício dos direitos fundamentais, pelo mecanismo da coerção, das condutas contra eles direcionadas, a permanecerem nos limites da ordem jurídica, com a finalidade de proteger os seus titulares contra violações de qualquer natureza. Far-se-á melhor denominá-las “garantias constitucionais em sentido estrito” (MORAES, 2016, p. 567).

Em face disso foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que em seus 119 artigos regulamenta a proteção ao consumidor determinada pela Constituição Federal. A aplicação do ordenamento protetivo tem como principal fundamento disciplinar uma relação de consumo⁵¹, que por sua vez é caracterizada pela presença dos contratantes denominados de consumidor e de fornecedor (TEPEDINO, 2006, p. 126).

Para entender a relação de consumo⁵² é necessário explicar os sujeitos e o objeto da mesma, começando pelo consumidor. Para Rizzatto Nunes, o conceito depende de uma análise do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor⁵³, que estabelece que consumidor é o destinatário final do produto ou serviço. Assim, consumidor pode ser uma pessoa física, natural ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço. Porém, este produto pode ser adquirido anteriormente por um destinatário intermediário⁵⁴, como o dono de uma agência de automóveis, esse destinatário não é considerado consumidor, por que não é ele quem realiza o ato final de consumo do bem (2005, p. 72-73)

Segundo Miragem, é considerado consumidor, também, quem além de retirar o produto como destinatário final, exaure a vida econômica do bem, que nunca mais vai voltar a ser consumido. Portanto, o consumidor em linhas gerais é o destinatário final, fático ou econômico de determinado serviço ou produto (2013, p. 137).

A definição de consumidor é o que sustenta a defesa dada a ele pelo ordenamento, e esta proteção só existe por se entender que o consumidor é a parte vulnerável da relação. Logo, é necessário delimitar quem necessita ou não dessa tutela (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 89).

Existe também a figura do consumidor equiparado, nos casos em que se considera alguém como consumidor por equiparação com a finalidade de garantir a ele a aplicação das

⁵¹ Não existe no Código de Defesa do Consumidor, uma definição específica da relação de consumo, mas ela é entendida em razão dos conceitos de consumidor, fornecedor, produtos e serviços. Então para existir a relação de consumo deverá haver os sujeitos que se relacionam, denominados de consumidor e fornecedor e o objeto que eles buscam com a relação, que pode ser aquisição de produto ou de serviço (MIRAGEM, 2013, p. 135-136).

⁵² A interpretação do juiz é o ato decisivo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, já que o mesmo não trata com exatidão o que é uma relação de consumo, então a análise do juiz serve para apresentar se é ou não campo de aplicação do ordenamento protetivo ao consumidor. Cabe ao juiz diferenciar quem é civil, quem é fornecedor e quem é consumidor, quem faz parte da cadeia da relação de consumo, chegando a conclusão portanto se cabe ou não a aplicação do ordenamento protetivo ao consumidor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 86).

⁵³ Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

⁵⁴ “Se alguém adquire produto, não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor. Assim, por exemplo, se uma pessoa- física ou jurídica- adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei 8.078/90” (NUNES, 2005, p. 73).

normas protetivas, e essa determinação está presente nos artigos 2º, parágrafo único⁵⁵, artigo 17⁵⁶ e artigo 29⁵⁷ do Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 139).

O consumidor qualificado no artigo 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, diz respeito aos consumidores atuais e a toda a coletividade de consumidores de produtos ou serviços, essa definição interessa a tutela dos direitos difusos⁵⁸, individuais homogêneos⁵⁹ e coletivos⁶⁰. Desse modo, estão vinculados a relação de consumo por equiparação aqueles consumidores que não participaram ativamente da relação, mas que estão expostos as práticas dos fornecedores no mercado de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 140).

Com relação ao artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, são equiparados a consumidores todas as vítimas de eventos danosos, ou seja, o fornecedor é responsável se o fato do produto ou serviço⁶¹ causar danos à saúde, à integridade ou ao patrimônio do consumidor. As vítimas são todas as pessoas que realizaram ou não um ato de consumo, mas que sofreram algum dano decorrente de um acidente de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 140).

E por último, o consumidor do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor⁶², é aquele equiparado ao consumidor, como explica Miragem, não é “qualificado como consumidor em

⁵⁵ Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

⁵⁶ Artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁵⁷ Artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

⁵⁸ Os direitos difusos possuem uma “indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”. Isso significa que basta que ocorra uma determinada ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos (WATANABE, 2007, p. 820).

Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”.

⁵⁹ Para delimitar os interesses individuais homogêneos é necessário definir os requisitos da homogeneidade e da origem comum. A origem comum significa que determinado fato ou dano atingiu consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões, e a homogeneidade do fato ou dano ocorrido demonstrou qual a origem comum de todos os acontecimentos. Assim, sempre que os acontecimentos tiverem a mesma origem comum, os direitos reconhecidos na situação serão individuais homogêneos (WATANABE, 2007, p. 825-826).

Artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor: “III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁶⁰ Nos direitos coletivos existe uma “determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo)” (WATANABE, 2007, p. 824).

Artigo 81, inciso II do Código de Defesa do Consumidor: “II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”.

⁶¹ “O fornecedor cujo produto ou serviço defeituoso causar dano ao consumidor deverá indenizar a vítima, e ao fazê-lo, por meio de repasse do valor indenitário aos seus custos e conseqüente reflexo no preço do produto ou serviço, estará, de forma indireta, socializando os custos, ao mesmo tempo que-para evitar a diminuição de seus lucros e prejuízos à imagem da empresa-temerá evitar que danos como o ocorrido se repitam. A responsabilidade, em sua feição atual, é fenômeno jurídico e econômico, muito mais do que pretensão de punição ou vingança” (SILVA NETO, 2013, p. 119).

⁶² Artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

sentido estrito, destinatário final de produto ou serviço”, mas também recebe a proteção das normas do Código de Defesa do Consumidor (2013, p. 142).

A definição de fornecedor está presente no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁶³. Tal conceito é amplo para que ocorra maior incidência de casos em que o ordenamento protetivo possa ser aplicado, esta noção diferencia, também, fornecedores de produtos e de serviços (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 106-107).

Com isso, fornecedor é qualquer pessoa jurídica⁶⁴, pública ou privada, estrangeira ou nacional, ou até mesmo os entes despersonalizados que produzem, montam, criam, distribuem, importam, exportam e comercializam produtos ou prestam serviços (NUNES, 2005, p. 88).

Em suma, fornecedor são todas as pessoas que ofertam bens e serviços no mercado consumerista com o intuito de atender as necessidades dos consumidores, bem como informar a respeito dos bens e serviços que prestam e comercializam (FILOMENO, 2012, p. 42).

No que se refere ao produto, o conceito atual é universal e está ligado estritamente a um bem, resultado de uma produção para o mercado de consumo capitalista, e seu conceito está no parágrafo primeiro do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁵ (NUNES, 2005, p. 88).

Produto “pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível)”. Assim, na compra de um automóvel, está se adquirindo um bem material, já, adquirir algo que ofereça lazer, significa adquirir diversas sensações que caracterizam um bem imaterial. Ainda, ressalta-se a qualificação de bens moveis e imóveis, “bem móvel é aquele que pode ser transportado sem prejuízo de sua integridade”, já o bem imóvel, é aquele bem “cujo transporte ou remoção implica destruição ou deterioração considerável (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 109).

No parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁶ está disposto o que significa serviço que é algo oferecido no mercado de consumo, como decorrência da atividade

⁶³ Artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. [...]”.

⁶⁴ Segundo Nunes: “Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa, quer seja uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação, etc” (2015, p. 170).

⁶⁵ Artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

⁶⁶ Artigo 3º, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

desenvolvida pelo fornecedor, excluindo do conceito de serviço os casos de relações de trabalho⁶⁷ (MIRAGEM, 2013, p. 167).

O artigo que trata sobre a qualificação de serviço, embora mencione “mediante remuneração”, admite que exista relação de consumo em atividades gratuitas de modo que “o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista”. Um exemplo dessa relação é o estacionamento gratuito em lojas ou shoppings, quem responde por esse serviço é a empresa que forneceu este serviço, por mais que ele seja gratuito, pois ele é um atrativo para os consumidores adquirirem produtos nesse local (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 113).

Portanto, a relação de consumo envolve sujeitos jurídicos (sujeito ativo e passivo) que na relação de consumo são denominados de consumidor e fornecedor, cujo fornecedor, é o sujeito ativo da relação e possui o poder sobre a prestação ou o bem jurídico tutelado que será entregue ao consumidor. Para caracterizar essa relação é necessário, também, que se evidencie a prática do ato capaz de gerar consequências no plano jurídico, ou seja, que se prove que ocorreu um negócio jurídico dotado de vontade entre as partes (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 77).

Desta apreciação, conclui-se que para configurar uma relação de consumo a análise deve ser feita caso a caso, encontrando os fatores que determinam sua caracterização, tais como, existência de consumidor e de fornecedor, que se relacionam para comercializar bens ou fornecer serviços. Por sua vez, os contratos de consumo são alicerçados em princípios que regulamentam sua realização.

3.3 Princípios inerentes à relação de consumo

Incidem sobre as relações de consumo, diversos princípios que representam a sustentação das normas jurídicas aplicadas ao direito do consumidor. Eles servem para garantir que as relações sejam justas e adequadas às partes, com uma maior preocupação com o consumidor e sua proteção na relação consumerista. Todos os princípios são de suma relevância no sistema protetivo, porém nesse estudo destaca-se a importância do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois é ele que fundamenta a necessidade de tratamento diferenciado na relação de consumo.

⁶⁷ Como estabelece Resende, relação de trabalho “corresponde a toda e qualquer forma de contratação da energia de trabalho humano que seja admissível frente ao sistema jurídico vigente. É importante ressaltar que *forma de contratação admissível*, entre os particulares (em contraposição à Administração Pública), é tanto a expressamente prevista quanto aquela não vedada em lei” (RESENDE, 2016, p. 63).

Como explica Miragem, os princípios encontram-se no Código de Defesa do Consumidor e são importantes para o direito do consumidor, pois possuem caráter normativo e auxiliam na interpretação, compreensão e aplicação das normas consumeristas (2013, p. 113). Dentre eles passa-se a abordar: o princípio da proteção, o princípio da solidariedade, o princípio da reparação integral dos danos, o princípio da boa-fé, o princípio da efetividade, o princípio da função social do contrato, o princípio da harmonia das relações de consumo, o princípio da transparência ou da confiança, o princípio da hipossuficiência, e por fim o princípio da vulnerabilidade.

O primeiro princípio abordado é o princípio do protecionismo do consumidor, elencado no Artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸, que estabelece normas de ordem pública e interesse social⁶⁹ (TARTUCE, NEVES 2017, p. 31).

O protecionismo decorre diretamente do texto constitucional, que estabelece a defesa do consumidor como um princípio geral da atividade econômica. Esta previsão se encontra consubstanciada no artigo 170, inciso V⁷⁰ da Constituição Federal. Além disso, a Constituição também prevê que é dever do Estado promover a defesa do consumidor, artigo 5º, inciso XXXII⁷¹. Em razão dessas disposições todas as normas elencadas no ordenamento de proteção ao consumidor tem como meta a defesa do consumidor (NUNES, 2015, p. 680).

Este princípio estabelece diversas consequências às relações de consumo, tais como: as regras consubstanciadas no Código de Defesa do Consumidor não podem ser afastadas por convenção entre as partes; o Ministério Público sempre irá intervir na relação processual quando se tratar de problemas que envolvam danos materiais ou morais aos consumidores; e por fim, toda a matéria protetiva do Código Consumerista deve ser admitida e reconhecida de ofício pelo juiz (TARTUCE; NEVES 2017, p. 32).

O segundo princípio a ser analisado é o da solidariedade, que não é somente um princípio do direito do consumidor, pois está presente na Constituição Federal como objetivo

⁶⁸ Artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

⁶⁹ “As normas do Código são “de ordem pública e interesse social”. Isto é importante, porque, apesar de serem normas de Direito privado, são indisponíveis e inafastáveis ainda que convencionadas e estipulações particulares pactuadas de forma livre e sem quaisquer defeitos dos negócios jurídicos ou qualquer outra causa de invalidade do negócio jurídico. Diz-se ainda que elas são irrenunciáveis *ex ante factum*, mas os direitos nela assegurados são disponíveis *ex post*, ou seja, após o acontecimento do fato lesivo. Ao expressamente prever que as normas do CDC possuem interesse social, o legislador está dizendo que, apesar de regularem relações predominantemente interpessoais, existe um interesse da sociedade no fato jurídico por elas regulado” (SILVA NETO, 2013, p. 21).

⁷⁰ Artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;”.

⁷¹ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

da República⁷². Este princípio impõe a ideia de analisar os reflexos que uma atitude individual pode causar perante a sociedade, logo, os efeitos da relação de consumo não podem prejudicar e nem beneficiar terceiros. Em face desse princípio se analisa a repercussão social causada pelo contrato⁷³ (MIRAGEM, 2013, p. 123).

Com relação à responsabilidade pela reparação dos danos causados, o princípio a ser analisado é o princípio da reparação integral dos danos, presente no artigo 6º inciso VI do Código de Defesa do Consumidor⁷⁴, que assegura ao consumidor a reparação total dos danos causados, sejam eles materiais, individuais, morais, coletivos ou difusos. Este princípio representa um avanço importante, pois garante expressamente a reparação dos danos difusos e coletivos (TARTUCE; NEVES 2017, p.62).

Já, o princípio da boa-fé objetiva determina que os contratantes devem agir com respeito e lealdade na relação de consumo obrigando-se a fidelidade do cumprimento. Esse princípio relaciona-se também, à satisfação do interesse das partes, estabelecendo deveres de informação, cuidado e proteção com a outra parte (MIRAGEM, 2013, p. 125-127).

A previsão legal do princípio da boa-fé encontra-se no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor⁷⁵, exigindo das partes a seriedade, veracidade, lealdade, sinceridade e transparência, sem imposição de prejuízos a outra parte. O Código de Defesa do Consumidor prevê em diversos casos, a responsabilização do fornecedor caso ele descumpra com esses deveres, principalmente no que se refere ao cuidado com a outra parte (ALMEIDA, 2014, p.73).

O respeito ao princípio da boa-fé representa “a valorização da pessoa humana em oposição a senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico”. A atual configuração de contrato tem admitido o desenvolvimento da personalidade humana. Trata-se de uma relação em que as partes colaboram umas com as outras com o objetivo de construir uma sociedade como a Constituição estabelece, atendendo aos preceitos de liberdade, justiça e solidariedade (NEGREIROS, 1998, p. 7).

⁷² Artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

⁷³ Como menciona Miragem; “o princípio da solidariedade se apresenta, sobretudo em direito privado, com o efeito de ampliar o âmbito de eficácia do contrato. O primeiro efeito percebido da função social do contrato no direito brasileiro, diz respeito ao reconhecimento de seus efeitos não apenas em relação aos contratantes, mas a terceiros que de algum modo tomam contato com o objeto pactuado” (2013, p.123).

⁷⁴ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”.

⁷⁵ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “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, atendidos os seguintes princípios [...]”.

O artigo 51, inciso IV⁷⁶, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a boa-fé como uma cláusula geral que norteia as demais. Isso significa que quando o juiz analisa a relação, ele deverá atender se houve ou não alguma violação na boa-fé objetiva. O juiz portanto, estabelece uma norma de conduta que deveria ser atingida no caso concreto, e que atenda a realidade social, dessa forma, examina se ela foi ou não aplicada (NUNES, 2015, p.674).

O atendimento ao princípio da boa-fé implica em diversas mudanças na forma como o contrato é compreendido, tais como: a relação negocial não é “algo estático, mas sim dinâmico” e pressupõe a existência de uma fase de nascimento da obrigação, outra de desenvolvimento dos deveres das partes e, por fim, a fase do adimplemento; a conduta de acordo com a boa-fé deve ser pautada na lealdade em relação aos outros (MIRAGEM, 2013, p.126).

Outro princípio que tem o intuito de proteger o consumidor é o princípio da efetividade, presente no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 4º, inciso VI⁷⁷ e artigo 6º, inciso V⁷⁸, que fixam formas de coibir abusos por parte do fornecedor. A efetividade transparece no fato das normas protegerem ativamente a parte vulnerável que é o consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 132).

As mudanças na forma contratual para adaptação aos direitos do consumidor fez surgir um novo princípio que é o da função social do contrato⁷⁹. Esse princípio, embora esteja implícito, representa um conceito básico para a concepção da relação de consumo. O objetivo dele “é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo” (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 50).

O princípio da harmonia das relações de consumo, previsto no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor⁸⁰, complementa os interesses das partes na relação

⁷⁶ Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”.

⁷⁷ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor “ 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, atendidos os seguintes princípios: VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;”.

⁷⁸ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: “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;”.

⁷⁹ A função social do contrato possui eficácia interna e externa, a interna representa a eficácia entre as partes contratantes e a externa aquela que vai além das partes contratantes. Atualmente a autonomia da vontade das partes dá lugar a função social do contrato (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 51).

⁸⁰ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor “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, atendidos os seguintes princípios: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

consumerista, pois as ideias não são opostas, mas sim complementares, e por isso se chamam de harmônicas. Contudo, para existir essa harmonia é necessário que os contratantes estejam em igualdade, nesse caso a igualdade material⁸¹ (MIRAGEM, 2013, p. 133).

É importante também a análise do princípio da transparência ou da confiança, elencados no artigo 4º, caput⁸² e artigo 6º, inciso III⁸³ do Código de Defesa do Consumidor. Diante do acréscimo significativo de informações utilizadas pelos fornecedores para atrair os consumidores criou-se a necessidade de proteção a essas informações. Um recente exemplo da concretização desse princípio foi a obrigatoriedade do fornecedor em colocar na nota de compra a especificação dos tributos e valores pagos pelo consumidor (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 43).

Outro princípio a ser analisado é o princípio da hipossuficiência, consubstanciado no Artigo 6º, inciso VIII do CDC⁸⁴ representa um conceito fático com fundamento na existência de uma disparidade e desigualdade que deve ser analisada em cada caso concreto. Nesse sentido “todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente”⁸⁵. O caso de grande incidência do princípio da hipossuficiência, é o em que o consumidor por ele próprio não consegue obter as provas necessárias para que possa condenar o fornecedor a determinada reparação de dano. Nessa situação admitindo-se a hipossuficiência cabe ao fornecedor a prova processual inerente ao caso (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 36).

Esta hipossuficiência⁸⁶ do consumidor pode acontecer por diversos fatores, pois na maioria dos casos o consumidor não possui informações suficientes ou ele não está educado para o consumo, e em razão disso ele é lesado. Frequentemente os direitos dos consumidores consagrados pela Organização das Nações Unidas e pelo ordenamento brasileiro são violados,

⁸¹ “A igualdade material, também designada de igualdade real ou fática, exterioriza a igualdade efetiva perante os bens da vida humana, sendo certo que os ordenamentos constitucionais dispõem de três principais meios de implementação dela, revestidos de natureza liberal, social e democrática.” (MORAES, 2016, p. 585).

⁸² Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “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, atendidos os seguintes princípios:”.

⁸³ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”.

⁸⁴ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: 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”.

⁸⁵ Com estabelece Nunes: “a vulnerabilidade se reflete em hipossuficiência no sentido original do termo- incapacidade ou fraqueza econômica. Mas o relevante na hipossuficiência é exatamente essa ausência de informações a respeito dos produtos e serviços que adquire” (2015, p. 678).

⁸⁶ Dessa forma, admitir a aplicação do conceito de hipossuficiente significa conceder diversos benefícios processuais ao consumidor. Porém, esse conceito é muito amplo e precisa ser apreciado pelo aplicador do direito analisando, caso a caso, verificando se existe ou não disparidade técnica, informacional e processual entre consumidor e fornecedor (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 36).

direitos como: saúde, segurança, escolha, informação e ressarcimento (ALMEIDA, 2003, p. 22-23).

Mas, é o princípio da vulnerabilidade, disposto no artigo 4º, inciso I ⁸⁷do Código de Defesa do Consumidor que justifica a existência e aplicabilidade do ordenamento protecionista, ou seja, essa vulnerabilidade fundamenta a razão de existir do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade é uma presunção absoluta e é aplicada devido ao desequilíbrio entre consumidor e fornecedor⁸⁸ (MIRAGEM, 2013, p. 113-114).

Pela análise do artigo que positiva o princípio da vulnerabilidade constata-se que a intenção do legislador foi de atribuir ao consumidor, em todas as situações, a condição de vulnerável. Na sociedade de consumo atual, não há possibilidade de afastar essa qualidade do consumidor, principalmente, se forem analisadas as mudanças que ocorreram nas relações jurídicas e comerciais nas últimas épocas (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 34).

Atualmente existe um consenso universal a respeito da vulnerabilidade do consumidor. O pronunciamento da Organização das Nações Unidas por meio da Resolução n. 39/248 de 10 de abril de 1985, reconheceu que o desequilíbrio econômico, educacional e de poder aquisitivo entre consumidor e fornecedor causa a vulnerabilidade do consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 23-24).

O consumidor é considerado a parte mais fraca, portanto vulnerável, por que os fornecedores detêm os meios de produção, do controle do mercado e são eles que estipulam como vão produzir e as suas margens de lucro. O Estado em face dessa realidade, estabeleceu na Constituição Federal a proteção ao consumidor, com o objetivo de equilibrar economicamente o consumidor diante do fornecedor (GRINOVER, 2011, p. 73-74).

Como assevera Marques, a diferença entre fornecedor e consumidor é “a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos contratantes protegendo o direito aquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente”. Conciliam-se neste entendimento, dois princípios fundamentais: a liberdade e a igualdade. Existe a liberdade para contratar e ao mesmo tempo um tratamento diferente para compensar a fraqueza de uma das partes (consumidor) (2011, p. 321-322).

⁸⁷ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “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, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”.

⁸⁸ “O consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem detêm informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos” (NUNES, 2015, p. 678).

Não existe mais nas relações o poder absoluto de barganha, pois não há igualdade entre as partes negociantes. Assim, os antigos integrantes das relações obrigacionais (credor e devedor) ganharam um nova denominação e novos tratamentos legislativos, em face da percepção da fragilidade do consumidor, o que justifica o surgimento de um estatuto jurídico próprio (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 34).

Vulnerabilidade é um estado da pessoa, modo que ela se encontra em risco. Ocorre devido a uma confrontação de interesses inerentes ao mercado de consumo que fragiliza o consumidor e seus direitos, desequilibrando a relação consumerista. A vulnerabilidade é a explicação das regras protetivas e do entendimento do legislador que reconhece a aplicação das normas protetivas como forma de garantir a igualdade (MARQUES, 2011, p. 323).

No entendimento de Marques, existem quatro tipos de vulnerabilidade; a técnica, a jurídica, a fática e a básica, também chamada de informacional. A vulnerabilidade técnica é pelo fato do comprador não conhecer especificamente o objeto que ele está adquirindo do fornecedor, ou por que não conhece o serviço contratado. Esse consumidor pode ser enganado facilmente devido a sua falta de conhecimento técnico (2011, p. 324).

Já a vulnerabilidade científica ou jurídica significa a falta de conhecimentos em certas áreas do saber. Essa vulnerabilidade é presumida em face do consumidor não ser profissional e sim pessoa física, logo, cabe ao fornecedor informar sobre o conteúdo do contrato. Todavia, se o consumidor for pessoa jurídica o entendimento é que não se aplica esta vulnerabilidade (MARQUES, 2011, p. 327-328).

No que diz respeito a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, significa que o poder contratual está nas mãos do fornecedor, pois é ele que possui o maior poder econômico em razão do seu serviço. A noção de vulnerabilidade fática está ligada a hipossuficiência do consumidor, que revela sua inferioridade econômica perante o fornecedor, o que determina a aplicação de diversas normas favoráveis ao consumidor, no que diz respeito a relação contratual (MARQUES, 2011, p. 330-333).

A proteção contra a vulnerabilidade informacional⁸⁹, mais do que às demais vulnerabilidades, significa uma proteção à dignidade do consumidor, pois é a informacional⁹⁰

⁸⁹ Nunes explica por que o consumidor é vulnerável, visto que o “conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido” (2015, p. 678).

⁹⁰ A vulnerabilidade informacional. Não significa que o consumidor não possua informações e não está aderindo a elas, significa que as informações são manipuladas e controladas, e em algumas vezes são fornecidas desnecessariamente. Assim, existe a chamada “hipervulnerabilidade”, uma vulnerabilidade agravada pela informação não repassada e que fica detida ou manipulada pelo fornecedor (MARQUES, 2011, p. 335-336).

que representa a maioria dos casos de desigualdade entre as partes na relação de consumo, já que os fornecedores são os únicos detentores de informações. Esta vulnerabilidade informacional impõe ao fornecedor o dever de compensar este risco de falta de informação a todos os consumidores, e é possível perceber esse fato, na análise feita dos produtos consumidos, que são colocadas nos rótulos de cada produto (MARQUES, 2011, p. 336).

Com isso, observa-se que o ordenamento protetivo consumerista promove a garantia de uma sociedade digna. Esse ordenamento realiza a proteção do consumidor por meio das normas estabelecidas, que também, envolvem princípios que regulamentam a relação de consumo. A não observância dos princípios causa diversos prejuízos aos consumidores e por isso é tão importante a presença do Estado nas relações de consumo.

Destaca-se a importância do reconhecimento da relação de consumo, para efetivar a garantia constitucional de proteção ao consumidor, que é a parte vulnerável. Isso significa que atender a demanda da sociedade atual significa dar mais proteção ao consumidor para que ele não sofra nenhum abuso por parte do fornecedor e assim assegurar a igualdade material entre eles. Para isso se concretizar, o Estado passa a intervir na vontade dos contratantes impondo regras que delimitam a imposição da vontade do fornecedor sobre o consumidor.

4 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Em face do princípio da vulnerabilidade do consumidor, pretende-se demonstrar o quanto a intervenção estatal é importante na concretização da defesa exercida na relação consumerista. É ela que garante a igualdade de condições negociais que não existe na relação de consumo. Por meio da possibilidade de intervenções nas relações contratuais o Estado faz valer a prerrogativa estabelecida constitucionalmente de dar proteção as partes vulneráveis e assim garantir a igualdade material e a dignidade da pessoa humana.

Com a evolução da sociedade, os contratos deixam de ser contratos negociados para dar lugar a celeridade de adesão, estes contratos representam a maioria dos contratos existentes entre fornecedor e consumidor. Trata-se de um contrato redigido unilateralmente, em que cabe ao consumidor apenas a aceitação ou não, não podendo decidir sobre a matéria posta no contrato. Esta nova forma representa uma limitação a autonomia da vontade, visto que não existe o poder de negociação.

Diante desse novo contrato, percebeu-se que a visão tradicional do contrato, em que as partes possuíam autonomia de estipular e debater as cláusulas livremente, foi modificada. Os abusos sofridos pela parte contratual vulnerável provocaram a alteração do ordenamento jurídico, para determinar que a autonomia da vontade fosse restringida pela intervenção estatal a fim de garantir a igualdade material e a dignidade da pessoa humana.

4.1 A intervenção do Estado nas relações consumeristas

A Constituição Federal positivou a proteção do consumidor como direito fundamental e impôs ao Estado a necessidade de defender os direitos do consumidor por meio da intervenção na relação de consumo. Em face dessa previsão legal, o Estado intervém nas relações contratuais a fim de garantir a proteção e a igualdade da parte vulnerável, perante o outro contratante. Essa proteção se dá por meio da imposição de normas de ordem pública que devem ser seguidas pelas partes.

Durante o período do Estado Liberal, a atuação do ente foi absenteísta, cujo fundamento era não intervir nas relações entre particulares, deixando-os livres para contratar e seguir as tendências do mercado. Desse modo, a observância do princípio da liberdade atingiu seu nível extremo, o que ocasionou o benefício dos contratantes mais fortes economicamente, em desfavor dos mais fracos. Foi então que houve a necessidade do Estado intervir na sociedade,

como forma de dar uma resposta as reivindicações sociais. Tal situação gerou um novo Estado denominado Social, que se caracteriza por dar ênfase à concepção de dignidade humana e trazer reflexos positivos à tutela do consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 25-26).

Nesse contexto, os princípios da liberdade e da igualdade não estavam mais se relacionando harmonicamente, pois a igualdade, perante a lei é um conceito meramente formal, e essa falta de harmonia criava um desnível econômico, causado pela falta de poder de negociação da classe desfavorecida. Então, o Estado passou a intervir nos contratos “a fim de equilibrar o poder das partes contratantes, estabelecendo normas imperativas de ordem pública ou de bons costumes” (AMARAL NETO, 2011, p.10).

Diferentemente do liberalismo, em que existia uma sobreposição do direito privado sobre o direito público, o constitucionalismo social⁹¹ trouxe uma mudança de hierarquia de poderes, com o intuito de fazer o Estado ocupar o lugar que era da burguesia. O poder da vontade dos particulares encontrou uma limitação que estava atrelada a dois grandes princípios, o da solidariedade social⁹² e o da dignidade da pessoa humana⁹³. Assim a ética do individualismo foi substituída pela ética da solidariedade e houve a relativização da autonomia da vontade acentuando a proteção da dignidade da pessoa humana (FACCHINI NETO, 2003, p.21-23).

Outro importante fator que deu ensejo ao surgimento da intervenção estatal foi a necessidade de organizar e disciplinar a economia. Era impossível e inconveniente deixar que o mercado se autorregulasse, principalmente em países como o Brasil, que estão em desenvolvimento, visto que deixar a economia seguir livremente sem intervenções dá ensejo a disparidades econômicas e sociais. Diante disso, “os valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social, exigem uma presença cada vez maior do Estado atuante no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais⁹⁴ em conflito” (AMARAL NETO, 201, p.10-11).

⁹¹ Conforme Facchini Neto, “O período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede ao segundo pós-guerra procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um todo” (2003, p. 22).

⁹² Exemplifica Negreiros: “enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem constitucional em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma” (2002, p. 18).

⁹³ Verifica-se que “a tutela da dignidade da pessoa humana como centro valorativo do direito civil contemporâneo—a justificar que o valor da pessoa seja preservado, até mesmo, contra a sua própria vontade – representa uma inversão de perspectivas quando comparada à tutela do indivíduo e de sua autodeterminação” (NEGREIROS, 2002, p. 20).

⁹⁴ O ordenamento jurídico passou a ser responsável por tutelar as novas exigências do mercado, pois as empresas modificaram-se para se adaptar à nova realidade econômica marcada pela contratação padronizada. Diante da mudança no modo de formação do contrato, o ordenamento passou a empreender diversas intervenções que tinham como objetivo proteger o contratante em posição de inferioridade, dos abusos que sofreria pela outra parte (BECKER, 2000, p. 68).

Destaca-se que a ordem pública assumiu papel importante na concretização dos direitos sociais⁹⁵. O direito civil passou a seguir os fundamentos da Constituição, valorizando assim o princípio da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2004, p.22).

E assim surgiu o princípio da intervenção do Estado, com a necessidade de proteção ao contratante mais fraco por parte do Estado. Em especial, nos contratos de consumo a Constituição declarou como direito fundamental a proteção do consumidor e impôs ao Estado o dever de defender este direito. O Estado não deve ser neutro na relação consumerista, ao contrário, ele deve defender os direitos dos consumidores e estabelecer deveres aos fornecedores com o intuito promover a equivalência entre as partes (MIRAGEM, 2013, p. 131).

No início da aplicação do princípio da intervenção do Estado, seu objetivo era apenas impedir que o Estado, a família, o indivíduo e os bons costumes fossem desrespeitados. A liberdade contratual era a regra a ser seguida, só excepcionada quando alguém praticasse algo proibido, momento que o Estado poderia intervir na liberdade. Após, o Estado começou a intervir diretamente na economia, por meio de regulamentação da produção de bens e serviços, e dessa forma passou a impor diversos conceitos gerais a serem respeitados pelas empresas fornecedoras (BECKER, 2000, p.70).

Dessa forma, sempre que existir a necessidade de estabelecer uma relação social mais justa o Estado deve intervir por meio da legislação e impor mecanismos para limitar a liberdade contratual a fim de resguardar e orientar as partes na concretização da relação contratual (FACCHINI NETO, 2003, p. 28).

O Estado intervém com o objetivo de modificar o conteúdo contratual que ele julga como prejudicial ao interesse geral de toda a sociedade ou a aquela parte que ele está protegendo, como por exemplo os consumidores. A finalidade do Estado não é proteger apenas a manifestação de vontade dos contratantes, mas sim o contrato como um todo (BECKER, 2000, p. 69).

Na narrativa do artigo 4º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor⁹⁶, pode se perceber que a intervenção do Estado na formação dos contratos pode acontecer por diversas

⁹⁵ “Os direitos sociais são direitos fundamentais próprios do homem-social, porque dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita” (MORAES, 2016, p. 621).

⁹⁶ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “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, atendidos os seguintes princípios: II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativa; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

maneiras, seja pelo legislador ou também pelos órgãos administrativos. A proteção por iniciativa direta, que trata o artigo, diz respeito à “atuação do Estado, por seus órgãos competentes, fiscalizar, podendo impor sanções administrativas e civis. Essa atividade é feita pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor” (SILVA NETO, 2013, p. 69).

Sobre a política nacional de relações de consumo, cabe ainda ao Estado instituir órgãos públicos para a defesa do consumidor, neste sentido “é digna de nota a instituição do PROCON/SP, mediante o Decreto Estadual nº 7.890, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, em São Paulo”. Esse órgão passou a atender as reclamações dos consumidores e a orientá-los sobre as suas dúvidas pertinentes a seus direitos. Atualmente praticamente todos os estados da federação possuem PROCONs estaduais (FILOMENO, 2017, p. 79).

Ainda, o Poder Judiciário também se apresenta responsável pela intervenção estatal, pois cabe a ele exercer o controle da liberdade contratual e das normas imperativas, por meio da prestação jurisdicional. A proteção do consumidor possui caráter indisponível por ser norma de ordem pública que possui um fim social, que é defender o contratante vulnerável (MARQUES, 2011, p. 249).

A atividade jurisdicional, ao aplicar e interpretar direitos, deverá levar em consideração as regras e os princípios constitucionais que tratem a respeito do tema que representa o objeto do litígio, tais como, a defesa do consumidor. Dessa forma, o Judiciário contribui “para a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais” (FACCHINI NETO, 2003, p. 43).

O Poder Legislativo sofre restrições por meio da legalidade constitucional, no Estado Democrático de Direito, isso significa que o poder legislativo deverá editar leis que não contrariem a Constituição, e que essa criação deve ser livre, sem imposição por parte do Poder Executivo, visto que são independentes⁹⁷ entre si. A nova concepção constitucional estabelece a “sujeição ao ordenamento jurídico de todos os poderes, públicos e privados, e na sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais” (FACCHINI NETO, 2003, p.22).

Além disso, o princípio da intervenção estatal sustenta também a determinação dada as instituições públicas, como Ministério Público e Órgãos Administrativos de defesa do consumidor, de proteger e dar efetividade aos direitos dos consumidores, caracterizado como um direito fundamental imposto pela Constituição Federal (MIRAGEM, 2013, p. 132).

⁹⁷ Artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor⁹⁸ estabelece a existência de “órgão de abrangência nacional capaz de coordenar a efetiva implantação dos princípios e objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo⁹⁹”. Atualmente, esta atividade está sendo desenvolvida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (FINK, 2017, p. 1035).

Este princípio, nas relações de consumo, estabelece que o Estado deve intervir na área econômica para garantir os direitos do consumidor, visto que, representa um direito fundamental. Há a necessidade de intervir economicamente para garantir a proteção, pois sem esta defesa restaria ineficaz as aplicações do Código de Defesa do Consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 28).

Atualmente a intervenção estatal operada por meio de normas de ordem pública, no âmbito econômico e social, é utilizada para a proteção da parte mais fraca, como também com o objetivo de conduzir a economia nacional, visando eliminar dos contratos privados tudo o que a lei não permite, a fim de garantir a proteção do vulnerável (BECKER, 2000, p. 72-73).

Destaca-se que mesmo com a limitação exercida pelo Estado, o contrato não deixou de existir e nem irá desaparecer. O que mudou foi a sociedade, seja social, econômica e também juridicamente. Diante dessa mudança, cabe ao direito se adaptar a essa nova realidade e não aguardar estaticamente. Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor tem o propósito de instituir uma mudança de mentalidade a respeito das relações de consumo e seus contratantes (NERY JUNIOR, 2011, p. 520).

Cumprido destacar que o grau de intensidade da intervenção estatal varia conforme o tipo de contrato celebrado, observando sua formação. Desse modo os contratos pode ser classificados como paritários (negociados), aqueles em que existe a ampla discussão do

⁹⁸ Artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor: “O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente; VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; X - (Vetado). XI - (Vetado). XII - (Vetado) XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades”.

⁹⁹ “Tal política deve ter por objetivos, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores — objetivo principal das relações de consumo —, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia das relações de consumo — de molde a pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro senão eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida (ALMEIDA, 2014, p. 34).

conteúdo e os de adesão, em que as cláusulas são fixadas por um só contratante, cabendo ao outro aderir ou não (GONÇALVES, 2016, p. 22).

Se o contrato for negociado¹⁰⁰, existe um equilíbrio entre os contratantes e o Estado irá se privar de intervir na relação, por que presume-se que o acordo de vontades efetivado pelas partes já representa a justiça contratual. Por outro lado, se o contrato for de adesão a intervenção do Estado deverá ser mais efetiva, pois nesse caso existe uma situação de inferioridade (BECKER, 2000, p. 83).

Denota-se que com o Estado Democrático de Direito possui um caráter intervencionista, delineado pela Constituição Federal de 1988. Assim, haverá a presença do Poder Público nas relações contratuais, com o intuito de definir limites e diminuir os riscos do insucesso da relação negocial, visto que a igualdade formal anteriormente utilizada, deixava o consumidor em situação de desvantagem diante do crescente desenvolvimento econômico (TEPEDINO, 2004, p. 223).

Na relação contratual de consumo é necessária uma maior tutela do consumidor, que é considerado vulnerável. Essa vulnerabilidade delimita o poder negocial do fornecedor e mesmo que o consumidor seja mais forte economicamente, a limitação irá continuar existindo, pois, a proteção não é individual para cada consumidor, mas sim para a coletividade de consumidores. Os contratos consumeristas são os mesmos do direito civil, o que difere é que tratam de uma relação de consumo entre consumidor e fornecedor e por isso possuem regimento próprio (LÔBO, 2012, p. 31).

Com isso, a necessidade de uma proteção ao consumidor, aos chamados atos de consumir, fez nascer o contrato de consumo, estabelecido entre consumidor e fornecedor com o intuito de satisfazer os direitos de ambas as partes, mas a criação desse contrato de consumo só foi possível devido as mudanças das premissas gerais dos contratos, relativizando o princípio da autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*. O princípio da autonomia da vontade no direito do consumidor passou a ser chamado de autonomia racional, pois não é somente a expressão das partes em querer ou não celebrar o contrato (MIRAGEM, 2013, p. 220-221), envolvendo a aplicação dos demais princípios.

Vislumbra-se assim, uma nova teoria para os contratos, com interesses mais sociais. Esse novo modelo preocupa-se com a necessidade de tratamento igualitário e justo nos contratos em uma sociedade hipercomplexa como a atual. Nesse contexto a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor visa garantir a informação dos consumidores; o

¹⁰⁰ Conforme cita Anelise Becker, o contrato negociado existe quando “as partes podem, em larga medida, fixar as cláusulas e confirmar o seu conteúdo” (2000.p. 83).

uso da cláusula geral da boa-fé; e o equilíbrio contratual por meio do combate as cláusulas abusivas e à onerosidade excessiva. Com essas intervenções evita-se a frustração das expectativas legítimas que as partes possuíam com aquele contrato (MARQUES, 2007, p. 28-29).

Portanto, verifica-se a importância da intervenção Estatal para a efetivação da igualdade material dos consumidores, que necessitam da criação e aplicação de normas imperativas, que estabeleçam mecanismos protetivos, por parte do Estado, para que seja garantida a previsão legal disposta na Constituição Federal de defesa aos consumidores.

A maior incidência do princípio da intervenção do Estado ocorre nos contratos de adesão, que estão presentes em todo o direito civil, mas possuem singular importância nos contratos de consumo. Desse modo, importante compreender esse modo de formação de contrato em que uma das partes, unilateral e antecipadamente, redige as cláusulas contratuais, o que torna as relações consumeristas muito mais rápidas e cumpre com a demanda da atual sociedade de consumo.

4.2 Contratos de adesão: situação especial da autonomia da vontade

Os contratos de adesão surgiram diante da necessidade de atendimento a celeridade das negociações consumeristas. Por ser um contrato previamente estipulado ele determina uma limitação à vontade de um dos contratantes, pelo fato de não ser discutido por ambas as partes. O próprio nome já descreve que cabe a parte aderir ou não ao contrato, sem discussão sobre o que se apresenta no mesmo.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina o contrato de adesão no artigo 54, caput¹⁰¹. Este contrato é em regra um documento impresso que possui alguns espaços em branco para serem preenchidos com os dados do consumidor (BESSA; MOURA, 2008, p.120).

Rizzato Nunes explica que os contratos de adesão são típicos da sociedade de massa marcada pelo crescimento do consumo. E esta nova forma de sociedade, com caráter consumista, deu origem aos contratos de adesão, por meio de contratos prontos e cláusulas prefixadas para a melhor venda e distribuição dos produtos oriundos dessa produção em

¹⁰¹ Artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é 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”.

massa¹⁰². Os contratos de adesão acompanham a evolução da sociedade e da produção, visto que como a produção dos bens e a prestação dos serviços, o contrato também é decidido unilateralmente e posto à disposição do consumidor, que possui como alternativa aceitar ou não (2005, p. 581).

Essa forma de contrato limita a vontade do consumidor, que na maioria das vezes não lê as cláusulas impostas no contrato, que foram unilateral e antecipadamente formuladas pela empresa, tendo o consumidor a simples função de aderir à vontade manifestada pelo fornecedor (MARQUES, 2011, p. 76).

Porém, o contrato de adesão não é um novo tipo contratual ou uma categoria diferente de contratos, ele somente possui uma técnica de formação contratual diferente que pode ser aplicada a qualquer categoria contratual. Essa experiência contratual dá mais rapidez na conclusão do negócio jurídico, o que constitui uma exigência da economia da atualidade (NERY JUNIOR, 2011, p. 652).

Grande parte dos contratos são de adesão e não permitem negociação ampla das partes, apresentam-se por cláusulas fixadas unilateralmente por alguma das partes, como é o caso dos contratos de consumo massivos¹⁰³, em que, se o consumidor quiser contratar a única opção dele é concordar com as cláusulas (COELHO, 2012, p. 89-90).

Por possuir cláusulas previamente dispostas, a parte contrária só tem a alternativa de aceitar ou não a celebração do contrato. A manifestação de vontade se dá somente pelo fato de aceitar ou repelir o contrato, ou seja, ao consumidor não cabe a análise, discussão ou alteração das cláusulas contratuais. Logo, se ele não aceitar aquelas disposições, o contrato não existirá para o mundo jurídico (VENOSA, 2012, p. 380).

O contrato de adesão contraria a ideia clássica de contrato, que admite uma fase anterior para discussão das cláusulas relativas ao contrato em questão, em que estando as partes em igualdade, estabelecem negociação a fim de eliminar qualquer divergência. Nos contratos de

¹⁰² Como sustenta Noronha, a massificação dos contratos “é conseqüência inexorável do processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais” (1994, p. 71-72).

¹⁰³ “A sociedade contemporânea se caracteriza pelo “fenômeno de massa”, salientando que, do ponto de vista econômico, a produção é uma produção de massa, o comércio é de massa; o consumo, por sua vez, também é tipicamente de massa. Isto significa dizer que o ato de uma pessoa ou de uma empresa envolve efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e categorias. No aspecto consumo, por exemplo, basta que um produto apresente um mínimo defeito, e já milhares ou milhões de consumidores sofrerão um dano. O mesmo seja dito em relação à publicidade: uma fraude publicitária, do tipo publicidade enganosa, poderá afetar milhões de pessoas. Em ambos os casos haverá um “dano de massa”, a exigir uma resposta protetiva que efetivamente tutele o consumidor” (ALMEIDA, 2014, p. 38).

Desse modo, o consumidor que precisa contratar com uma grande empresa, que preste por exemplo o fornecimento de água, a parte ou se submete as condições impostas pela empresa, ou se priva de contratar, restando sem o serviço. Mas se privar nem sempre é possível, pois, não há como restar sem o fornecimento (RODRIGUES, 2004, p. 45).

adesão não existe essa prerrogativa de discutir as cláusulas, pois, uma parte impõe a outra e em geral a parte não pode recusar se precisa daquele produto ou serviço (RODRIGUES, 2004, p. 44-45).

Dessa forma, é necessário destacar duas importantes características do contrato de adesão, que são: a ausência da fase pré-negocial, ou seja, as partes não debatem as cláusulas embutidas no contrato; e a predisposição contratual unilateral, em que o fornecedor redige cláusulas e o consumidor não pode modificar o contrato, restando a ele apenas a adesão ou não (MARQUES, 2011, p. 77).

É difícil imaginar contratos de adesão fora da incidência no direito do consumidor. Essa forma de contrato torna as negociações mais céleres, pois retira a iniciativa individual de uma das partes. Em contrapartida, o contratante que estipula as cláusulas encontra nesse contrato um meio de expandir a sua vontade, que deve ser limitada com o objetivo de não prejudicar o outro que nada pode alterar (VENOSA, 2012, p. 382).

O fato do contrato ser de adesão, não significa que ele é nulo. Poderá ocorrer nulidades de algumas cláusulas caso elas sejam abusivas¹⁰⁴ ou possuam algum vício¹⁰⁵. E essa nulidade será observada por meio da interpretação¹⁰⁶ das cláusulas contratuais, sendo assim, se existir alguma nulidade ou vício deverá ocorrer uma mudança no conteúdo do contrato (SILVA NETO, 2013, p. 708-709).

¹⁰⁴ “Constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio *espírito* da lei consumerista” (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 469). Preceitua o Artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999. XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo”.

¹⁰⁵ Ocorre vício quando “o contrato está afetado por divergência não intencional entre a vontade de uma das partes e a declaração (e incluem-se aqui o erro, dolo e a coação), não existe justiça formal, e por isso não se pode presumir a justiça (substancial) objetiva” (NORONHA, 1994, p. 227).

¹⁰⁶ Refere Silva Neto que “A previsão legal, apesar de não ser dispositivo de controle, e sim de interpretação, não é vã. O legislador brasileiro optou por criar mecanismos gerais de controle de conteúdo dos contratos que regulam relações de consumo, sejam eles de adesão ou não. Sendo de adesão (o que ocorre na maior parte das vezes), submetem-se ainda ao controle de forma e de interpretação” (2013, p. 709).

Para a existência de um contrato de adesão são necessários diversos fatores, tais como: o negócio praticado pelo fornecedor deve envolver diversas pessoas, como o caso de uma empresa que produz energia elétrica; a empresa fornecedora deve possuir o monopólio daquele local, não existindo assim concorrência, ou se existir o consumidor não pode escolher; a situação uniforme referente a aquele serviço ou produto, permite que a oferta seja igual a toda coletividade (RODRIGUES, 2004, p. 45-46).

Observa-se que o contrato de adesão possui grande importância na sociedade, pois o contratante que elabora o contrato exerce um monopólio de fato ou de direito em relação a serviços ou produtos que são essenciais à coletividade, momento que resta ao contratante aderente contratar nas condições impostas pela empresa prestadora dos serviços (WALD, 2006, p. 240).

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário minorar os efeitos causados pelos contratos de adesão. Essa atuação pode ser constatada nos seguintes casos: quando existir alguma dúvida no contrato de adesão, essa dúvida deve ser interpretada contra quem redigiu o contrato; as cláusulas acessórias não possuem a mesma vinculação do que as principais, pois se entende que o contratante aceitante concede menos atenção a elas; as cláusulas impressas possuem mais valor que as manuscritas e devem substituir estas (RODRIGUES, 2004, p. 47).

Além disso, determinou o legislador¹⁰⁷ que as cláusulas contratuais que limitam o direito do consumidor¹⁰⁸ aderente devem ser escritas com destaque, para que sejam facilmente compreendidas, caso contrário o consumidor não estará obrigado a realizar o que está estipulado, pela difícil compreensão (WALD, 2006, p. 240-241).

O Código de Defesa do Consumidor ao estipular no artigo 54, § 3º¹⁰⁹, a necessidade do contrato ser redigido em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, consagrou o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais¹¹⁰. Este dispositivo é um instrumento de segurança nas relações jurídicas e também de liberdade contratual, visto que o formalismo deve

¹⁰⁷ Artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor. “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

¹⁰⁸ “Não vinculam o consumidor as cláusulas incompreensíveis ou ininteligíveis, geralmente diante de um sério problema de redação, que visa a enganar o consumidor. A não vinculação decorre de um dolo contratual praticado pelo fornecedor ou prestador, via de regra com o claro intuito de induzir o consumidor a erro e obter um enriquecimento sem causa. A título de exemplo, muitas vezes verifica-se em contratos de seguro cláusulas mal escritas ou mal elaboradas, de difícil entendimento até pelo mais experiente aplicador do Direito, por utilizar expressões técnicas da área jurídica ou de gerenciamento de riscos” (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 317).

¹⁰⁹ Artigo 54, §3º do Código de Defesa do Consumidor: “§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

¹¹⁰ Conforme Nelson Nery Junior, “O dispositivo visa a permitir que o consumidor possa tomar conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura, sem prejuízo do dever de esclarecimento por parte do fornecedor” (2011, p. 653-654).

ocorrer nas relações de consumo, mas não precisa retardar a conclusão do negócio jurídico (NERY JUNIOR, 2011, p.653-654).

Na disciplina dos contratos de adesão, a lei possui uma maior preocupação com o contratante aderente, pois as cláusulas foram redigidas unilateralmente pela outra parte, sendo necessário proteger o aderente de obscuridades propositadamente introduzidas no texto. Assim, preceitua a lei¹¹¹ que quando se tratar de cláusulas ambíguas, os contratos de adesão devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente (COELHO, 2012, p. 91).

A preocupação do Código de Defesa do Consumidor se dá por que nos contratos de adesão existe uma situação extremamente propícia a “imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos”. O desequilíbrio entre as partes contratantes, pela desvantagem econômica ou jurídica, faz com que o aderente não tenha possibilidade de avaliar as implicações do contrato que assina. Assim, por diversas vezes, ocorrem inibições psicológicas à aceitação do contrato, pois o fato de assinar o instrumento contratual não significa que o aderente tenha entendido o que está estipulado nele (NORONHA, 1994, p. 247-248).

Dessarte é possível compreender que o contrato de adesão representa uma comodidade e ao mesmo tempo aos consumidores uma ameaça aos seus direitos, pois nada podem estipular no contrato, cabendo-lhes, somente, aceitar ou não. Esses contratos envolvem diversos casos de desrespeito ao consumidor, já que ele não pode discutir e requerer que o contrato beneficie. Por isso a intervenção do Estado é de suma importância para a efetivação da igualdade de condições negociais entre as partes, para que o consumidor não sofra nenhuma supressão de seus direitos.

4.3 A autonomia da vontade nos contratos de consumo

O que a doutrina estabelece como paradigmas, é a noção dada aos contratos e seus princípios, que na atualidade requer uma interpretação constitucionalizada a fim de possibilitar a proteção contratual da parte que se encontra em desigualdade. Dessa forma, será analisada a autonomia da vontade nos contratos de consumo, e o que representa para a relação de consumo o fato desse princípio encontrar-se com limitações.

No Estado Liberal o que justificava a não intervenção do Estado nas relações era a ideia de que todos eram iguais perante a lei, e em face desse princípio o Estado se abstinha de prestar

¹¹¹ Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

sua assistência aos contratantes, por entender que existia igualdade e com isso, o contrato era justo, satisfazia assim os interesses de ambas as partes. Essa ideia de igualdade estava atrelada a autonomia da vontade, que era absoluta e irrestrita, porém foi sendo relativizada e hoje encontra limites na ordem pública¹¹² e nos bons costumes¹¹³ (ALMEIDA, 2003, p. 134).

Na visão tradicional do conceito de contratos, a liberdade individual e a autonomia da vontade¹¹⁴ representavam o fundamento das obrigações contratuais. Por serem livres e iguais as pessoas possuíam condições de proteger adequadamente os seus interesses e direitos. O fato do Estado não intervir na autonomia dos indivíduos, caracterizava para o Estado Liberal a liberdade de contratar os mais diversos negócios, fazendo com que houvesse uma rápida circulação de riquezas (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 337).

De acordo com a doutrina liberal da época, “a liberdade contratual é a solução não somente mais útil como também a mais justa para organizar a troca de bens e serviços”. Porém para essa afirmação ser concretizada se exige determinadas condições, tais como, a paridade¹¹⁵ entre as forças entre as partes e a informação necessária para que possam discutir igualmente o conteúdo contratual. O que se percebe é que na atual realidade socioeconômica, essas condições dificilmente estariam reunidas na relação contratual (BECKER, 2000, p. 81).

A mudança necessária para o entendimento das relações consumeristas é que “o Direito não está recluso em si mesmo, e que por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes alterações nos institutos jurídicos” (NEGREIROS, 2002, p. 6).

Assim, diante do surgimento da sociedade de consumo, o contrato precisou ser modificado, e essa realidade não trouxe apenas benefícios para as pessoas, pelo contrário, a posição do consumidor, dentro desse modelo social piorou ao invés de melhorar. Antes do advento da sociedade de consumo o fornecedor e o consumidor se encontravam em uma situação mais próxima de equilíbrio, agora o fornecedor detém posição de poder na relação e

¹¹² A ordem pública é a situação que “assegura o exercício das funções da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais” (CUNHA, 2011, p. 208).

¹¹³ Os bons costumes possuem conceito semelhante ao da boa-fé, ambos estão “vinculados a valores morais indispensáveis ao convívio social, sendo dependentes da convicção popular. [...] Os bons costumes, nesse sentido, estariam vinculados a uma consideração social, dos interesses da comunidade na proteção da pessoa e da paz social” (MIRAGEM, 2007, p. 221).

¹¹⁴ Negreiros cita, que: “O apego ao significado clássico do princípio da autonomia privada, expressão da liberdade e da força jurídica do querer individual, explica o fato de que as teorias contemporâneas – e aqui se têm em mira, particularmente, as teorias contratuais – sejam em geral referidas como “novas”, como se fosse realmente possível que não fossem (assim novas) pelo simples e inevitável fato de que novos são os tempos e os homens a que se destinam” (2002, p. 5-6).

¹¹⁵ No século XIX a então “igualdade” das partes não impedia que a parte mais forte da relação determinasse o conteúdo presente no contrato, mas mesmo assim era possível perceber que a vontade da parte mais fraca também era atendida. Foi após a massificação dos contratos que a posição do contratante em inferioridade começou a ser percebida e isso impôs ao Poder Público a preocupação em fazer valer a justiça, valor esse que caracterizava a sociedade organizada na época como politicamente democrática (NORONHA, 1994, p. 73).

portanto dita as regras. Por isso o direito precisou se adaptar a essas mudanças e proteger o consumidor (GRINOVER, 2011, p. 4).

A situação de desigualdade¹¹⁶, conduziu a modificação da noção de contrato tradicional para a contemporânea, em que a intervenção estatal se faz presente para compensar o desequilíbrio entre as partes contratantes. Com isso, necessário o dirigismo contratual, que é a imposição de limites a liberdade contratual¹¹⁷ pelo Estado, com o intuito de proteger o consumidor considerado hipossuficiente, mediante uma série de leis que proíbem determinados conteúdos dentro dos contratos, limitando assim a autonomia da vontade (ALMEIDA, 2003, p. 135).

Assim, o princípio da autonomia da vontade e sua relativização são explicados por Hesse, quando refere:

*La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal supuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento e se traspaasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad defectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el supuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser substituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea*¹¹⁸ (1995, p.78-79).

¹¹⁶ Atualmente existe um grave desnível social, criado pelo capitalismo, que fomenta a desigualdade socioeconômica. Além disso, o aumento demográfico e a tecnologia no processo produtivo industrial deram ensejo a novas relações jurídicas, caracterizadas pelos contratos de massa ou coletivos, havendo necessidade de efetivar a diretriz da socialidade nas relações contratuais (OLIVEIRA, 2011, p. 12).

¹¹⁷ “A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. [...] É necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias às transformações da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar” (ANDRADE, 2003, p. 271).

¹¹⁸ Tradução livre da autora: A autonomia privada e sua manifestação mais importante, a liberdade contratual, encontram seu fundamento e seus limites na ideia de configuração sob sua responsabilidade de vida e personalidade. Eles pressupõem uma situação legal e factual aproximadamente igual dos interessados. Onde tal pressuposto está faltando, e a autonomia privada de um leva à falta de liberdade da outra, toda fundação desaparece e todos os limites são transferidos; O equilíbrio indispensável deve então ser encontrado por outro meio, o da regulação estatal, cuja efetividade frequentemente requer uma conexão dos preceitos do Direito Público e do Direito Privado. Aqui reside a diferença essencial entre o significado atual da autonomia privada e o do século XIX: que oferecia apenas liberdade formal, que correspondia apenas parcialmente à realidade social; conseqüentemente, poderia levar à falta de liberdade defeituosa. Uma verdadeira liberdade geral nunca pode ser produzida apenas pela autonomia privada. Dado o pressuposto de uma situação jurídica e factual aproximadamente igual das partes interessadas, este é, no entanto, um elemento essencial da liberdade real e, como tal, não pode ser substituído pelo planejamento ou pela regulação estatal, por mais cuidadosa que seja.

Desse modo, o contrato que envolve relação de consumo encontra limitação na autonomia da vontade das partes. Essa mitigação possui fundamentação constitucional que reside na dignidade da pessoa humana¹¹⁹ e no solidarismo social¹²⁰.

Nesse contexto explica Tepedino

mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas (2004, p. 233).

Essa constitucionalização do contrato decorrente do respeito à pessoa e sua dignidade apresenta-se pelos princípios da vulnerabilidade e boa-fé objetiva. Já o solidarismo social pelo princípio da função social.

Quanto a mitigação da autonomia da vontade, nas relações de consumo, em face da vulnerabilidade, verifica-se que essa alteração ocorreu para efetivar a igualdade material. O Código de Defesa do Consumidor¹²¹ protege o contratante vulnerável e os efeitos causados por essas modificações “transformaram o juízo acerca da validade do contrato num juízo voltado não apenas para o processo de formação e de manifestação de vontade geradora do vínculo contratual, mas igualmente voltado para o efetivo resultado produzido pelo acordo de vontades” (NEGREIROS, 2002, p. 299).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPÉCIFICADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS. APLICABILIDADE DO CDC. EVIDENCIADA A HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE TÉCNICA DO ADQUIRENTE NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. DISPOSIÇÕES QUE SE PRESTAM AO RESTABELECIMENTO DA IGUALDADE MATERIAL ENTRE AS PARTES QUE COMPÕEM A RELAÇÃO NEGOCIAL. PRECEDENTES. DEFEITO EM MAQUINÁRIO AGRÍCOLA RECONHECIDO POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PRODUTO NA COLHEITA DE ARROZ NAS SAFRAS DOS ANOS DE 2001, 2002 E 2003. PREJUÍZO RECONHECIDO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. UNÂNIME. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

¹¹⁹ O conceito de dignidade da pessoa humana foi consagrado pela Constituição Federal e “proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2003, p. 115).

¹²⁰ O solidarismo social é um princípio geral instituído na Constituição Federal. Busca-se através dele atingir o objetivo da “igual dignidade social. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2003, p. 140).

¹²¹ “É amplamente aceito que o Código de Defesa do Consumidor, ao regular relações de consumo, toma por premissa uma posição de vulnerabilidade do consumidor nessa relação. Essa premissa justifica, por exemplo, a consagração da educação para o consumo como objetivo da política nacional de relações de consumo, além de muitas outras disposições protetivas” (SILVA NETO, 2013, p. 62).

(Apelação Cível Nº 70066945494, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 04/11/2015).

Destaca-se nesta decisão que foi admitida a vulnerabilidade do consumidor, e por isso aplicou-se o Código de Defesa do Consumidor. Com o reconhecimento da vulnerabilidade, foi necessário o restabelecimento da igualdade entre as partes por meio da intervenção estatal. Dessa forma constata-se que a autonomia da vontade das partes foi mitigada perante a presença da vulnerabilidade do consumidor para que se pudesse garantir a igualdade material entre as partes.

A liberdade contratual foi se modificando a partir do momento que se verificou, na prática das relações contratuais a desvantagem dos resultados para uns e as vantagens dos resultados para outros, este desequilíbrio demonstrou que a liberdade contratual estava sendo um instrumento de discriminação para uma das partes (NEGREIROS, 2002, p. 272)

O desequilíbrio existente nas relações contratuais, vai admitindo que a liberdade contratual seja transformada pela intervenção do Estado, impondo limites que protejam desequilíbrios e distorções dos contratos celebrados entre pessoas economicamente mais fortes com economicamente mais fracos (BDINE JUNIOR, 2008, p. 30).

Esses limites impostos pela leis são normas protetivas que visam coibir a discriminação. A razão de ser das normas antidiscriminatórias é a proteção do indivíduo em contraposição a injustiça e diferenciação que ele sofre. A discriminação limita o exercício dos direitos individuais e viola a dignidade humana. Já a vedação dessa discriminação revela a proteção da dignidade humana e de sua liberdade individual. Assim, a antidiscriminação visa evitar a desigualdade que impede ou dificulta o desenvolvimento individual (SILVA, 2014, p. 4).

Logo, por meio da proteção a parte vulnerável, e conseqüente limitação a autonomia privada, consolida-se também o princípio do equilíbrio contratual, trazendo evidente justiça contratual à relação de consumo. Frente a isso, o contrato consumerista deverá representar uma troca justa.

A boa-fé objetiva possui a função de limitar o exercício de direitos subjetivos, isso significa que ela dá um sentido a ser seguido na relação contratual, no qual deva ser compreendida como “uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato” (NEGREIROS, 2002, p. 130- 140).

A função social do contrato representa um limite à liberdade de contratar e estabelece a necessidade de existência de um vínculo entre o “exercício da liberdade/direito subjetivo de contratar e a finalidade social dessa prerrogativa”. Assim, demonstra-se uma contradição entre

a liberdade de contratar e o atendimento a função social do contrato (MIRAGEM, 2007, p. 201-205).

O referido princípio diminui a autonomia da vontade dos contratantes, com o objetivo de atender o interesse social, retirando a ideia de contrato somente para fins individuais, ou seja o contrato deve ter uma utilidade. O contrato, portanto, a luz da função social serve para circulação de riquezas por meio de trocas justas e úteis, mantendo a utilidade e a justiça ao mesmo tempo (TONIAL, 2009, p. 177-178).

A função social do contrato já não permite mais que os contratantes tenham ampla liberdade de criação. O contrato deve seguir rigorosamente o regramento protetivo e atender ao seu fim que é a movimentação de riquezas. A restrição da liberdade contratual não é vista como uma exceção ao princípio da autonomia da vontade (MENEZES DA COSTA, 2007, p. 234-245).

Nesse sentido, verifica-se a aplicação do princípio da boa-fé e da função social na limitação da autonomia da vontade pela Ementa que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO COLETIVA. SEGURO DE VIDA COLETIVO. RECUSA NA RENOVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE APÓLICE MAIS ONEROSA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. LONGA DURAÇÃO. RESTITUIÇÃO SIMPLES DAS PARCELAS PAGAS A TÍTULO DE NOVO PRÊMIO. SENTENÇA MANTIDA. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência de ação coletiva de consumo proposta pelo Ministério Público, envolvendo não renovação de seguro de vida e acidentes pessoais. Consoante a exordial, a seguradora demandada enviou aos seus segurados uma carta padronizada, dando conta da impossibilidade de renovação dos planos de seguro nas condições em que vinham sendo desenvolvidos, destacando a necessidade de adequação das referidas contratações em função das alterações da legislação do mercado segurador, oferecendo aos seus clientes propostas de adaptação, com aumento significativo do valor do prêmio e com aumento anual de forma capitalizada de acordo com a idade. AGRADO RETIDO - Os direitos tutelados pelo Ministério Público no caso em testilha são os direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles que decorrem de uma origem comum, sendo que os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, recomposição individual. A legitimidade do Ministério Público para propor ação em defesa de direitos individuais indisponíveis é assegurada pelo art. 127 da CF, bem como à luz dos artigos 81, parágrafo único, e 82, I, do CDC. ABRANGÊNCIA DA SENTENÇA - Embora se reconheça a divergência jurisprudencial acerca do tema, os efeitos da decisão da ação coletiva estão limitados à competência do julgador por expressa previsão legal - Lei 7.347/85, art. 16. MANUTENÇÃO DO SEGURO - A controvérsia cinge-se à legalidade da recusa da seguradora em renovar os contratos de segura de vida nos termos em que pactuados, oferecendo aos segurados contratação mais onerosa mediante o reajuste dos prêmios. O contrato de seguro estabelecido entre as partes constitui-se no chamado contrato cativo, de trato sucessivo e longa duração, que cria ao consumidor a expectativa de segurança. Tanto é assim que prevista a renovação anual e automática, o que vinha ocorrendo desde a contratação. Não é demais destacar que o contrato de seguro é regido pelo princípio da boa-fé previsto nos arts. 422 e 765 do Código Civil, que deve permear as relações ao longo de toda sua extensão e cuja observância é dever das partes durante toda contratualidade, bem como pela vedação da imposição ao consumidor de obrigações abusivas, que o coloque em desvantagem, conforme inc. IV do art. 51 do CDC. A partir de tais premissas, não é possível deixar de reconhecer que no caso em exame houve nítido rompimento unilateral do contrato pela seguradora ré, o que, nos moldes em questão, mostra-se flagrantemente abusivo, na medida em que a seguradora recusou-se a renovar o seguro n de adesão a novo contrato que trouxe vantagens apenas à seguradora. **Preponderância do princípio da boa-fé objetiva e o fim social do contrato sobre a autonomia da vontade, devendo ser mantidas as disposições da apólice originalmente**

contratada. PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO - A condenação da parte ré a publicar o dispositivo sentencial em jornais tem amparo nos arts. 84, § 5º e 94 do CDC, em que pese os argumentos de falta de previsão de publicação em jornais de grande circulação. Esta mostra-se verdadeiro corolário lógico a viabilizar a tutela específica, dando ampla divulgação pelos meios de comunicação social, a fim de que os interessados possam intervir no feito. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70063992333, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sílvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 13/10/2016). Grifo da autora.

Destaca-se nesse entendimento jurisprudencial, que tratava a respeito de uma ação coletiva, que o princípio da função social e da boa-fé objetiva se sobrepuseram ao princípio da autonomia da vontade.

O Código de Defesa do Consumidor é a expressão da preocupação de proteger e defender o consumidor. É justo que a parte vulnerável seja legalmente amparada e fortalecida diante da disparidade de poder negocial existente entre as partes contratantes. Tal premissa de proteção representa a queda do formalismo contratual firmado pela teoria clássica (NEGREIROS, 2002, p. 305).

Além disso, os interesses postos nos contratos de consumo não interessam somente aos particulares, mas transcendem os limites privados, envolvendo toda a sociedade que possui interesse no equilíbrio da relação contratual. Assim, para evitar a submissão dos direitos dos fracos pelos fortes, a liberdade dos contratantes é suprimida, em parte, pelo dirigismo contratual. Ademais o crescente aumento de contratos de massa e de adesão aumentam a importância da intervenção do Estado para fixação de termos e deveres, limitando a liberdade contratual (BDINE JUNIOR, 2008, p. 30).

Atualmente os contratos além de serem instrumentos de circulação de riquezas, são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais dos consumidores e dos mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais e em especial da dignidade da pessoa humana¹²² (MARQUES, 2011, p. 259).

Dessa forma, a proteção constitucional confere igualdade às partes contratantes nos contratos de consumo, por meio desta igualdade proporcionada pela proteção ao consumidor, está se garantindo a igualdade material da relação. Com isso, é proporcionado ao consumidor o direito de escolha, informação e transparência, a fim de proteger a sua abalada autonomia da vontade (MARQUES, 2011, p. 266).

Destaca-se que a autonomia da vontade nos contratos de consumo é estabelecida pela lei, que vai proteger e dar legitimidade ao vínculo contratual. Quanto à autonomia da vontade,

¹²² Como cita Bodin de Moraes, quando existir conflitos entre princípios, como no caso entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, partindo da ideia de que ambos possuem a mesma importância hierárquica, a interpretação deverá ser favorável a aplicação ao conceito da dignidade da pessoa humana, pois este é o princípio maior (2003, p. 117).

continua sendo importante para a formação dos contratos, porém sua força está diminuída em razão do conteúdo do contrato. As leis intervencionistas, autorizam o Poder Judiciário a delimitar o espaço da autonomia da vontade de modo a trazer maior controle das relações contratuais consumeristas (MARQUES, 2011, p. 276-277).

Em face disso, o fornecedor não possui mais autonomia da vontade absoluta no ato de contratar, já que ele não pode estipular as cláusulas livremente, mas sim, deve pactuar de acordo com os princípios da boa-fé, da equidade e da função social. Da mesma forma, o consumidor, também, possui restrições a sua autonomia da vontade, principalmente no que diz respeito a vedação de contratar cláusulas abusivas que lhe sejam prejudiciais (ALMEIDA, 2003, p. 136-137).

Portanto o princípio da autonomia da vontade sofre diversas modificações, a primeira é na liberdade de contratar, em que a modernidade fez com que as pessoas necessitassem comprar cada vez mais e isso fez com que aumentasse o número de contratos celebrados; a segunda é na liberdade de escolher com quem contratar, essa limitação ocorre devido as diversas normas protetivas contra as práticas discriminatórias exercidas por alguns fornecedores; e por fim a terceira, encontra-se na limitação de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos dos contratos. Esta última modificação atende as normas imperativas que citam quais as condições gerais que os contratos devem possuir (VIEIRA, 2001, p. 19-20).

Assim constata-se, que a autonomia da vontade é o núcleo dos contratos, porém ela foi relativizada nos contratos de consumo em razão da inexistência de igualdade entre as partes contratantes. Não é justo deixar que partes desiguais contratem livremente, pois essa liberdade poderia acarretar uma disparidade nas prestações. Dessa forma, a intervenção do Estado, restringindo a autonomia da vontade vem para garantir a igualdade¹²³ e tornar eficaz a proteção dada ao consumidor, considerado parte vulnerável nas relações contratuais.

¹²³ Trata-se da igualdade substancial ou material “cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos” (BODIN DE MORAES, 2003, p. 118-119).

5 CONCLUSÃO

O estudo analisou a conceituação do princípio da autonomia da vontade e a sua relativização perante os contratos de consumo, para averiguar a efetividade dos princípios da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva e da função social nos contratos de consumo. Ainda, compreender a intervenção estatal na relação entre o consumidor e o fornecedor para evitar abusos.

Desse modo, verificou-se a evolução do princípio da autonomia da vontade, a partir do Estado Liberal de Direito, momento em que a liberdade contratual não possuía limitações, visto que o entendimento nesse período era deixar as pessoas livres, para que contratassem da forma que quisessem, para que a economia de mercado seguisse sem restrições. O Estado era neutro e absentéista, permitindo que as pessoas autorregulassem seus interesses na vida privada. A liberdade representava o centro das convenções, pois bastava a vontade dos sujeitos para concretizar a relação contratual. Em suma, só não poderiam contratar o que fosse contrário a lei e a ordem pública

Com a Revolução Francesa surgiu o conceito tradicional do contrato, em que somente era necessário o acordo de vontades das partes para a concretização do pacto. Após, o Estado passou a demonstrar preocupação com as desigualdades existentes entre as pessoas, já que a sociedade e a circulação de produtos haviam se modificado. Assim, surgiu o dirigismo contratual, representado pela intervenção do Estado para garantir o equilíbrio entre as partes contratantes, reduzindo a autonomia da vontade.

Atualmente, a autonomia da vontade é um princípio contratual que concede liberdade às partes para contratarem da forma que quiserem, com quem quiserem e o que quiserem, porém à luz de outros princípios contratuais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico.

A função social do contrato expressa que o pacto deve ter uma utilidade, ultrapassando o viés individual das partes. As pessoas que participam do contrato possuem deveres perante a sociedade, assim o contrato estipulado não pode ser prejudicial a nenhuma das partes contratantes e nem a terceiros, revelando uma prevalência do direito público sobre o direito privado. Já, a boa-fé objetiva impõe que os contratantes devem seguir os padrões éticos de lealdade, correção e veracidade com o intuito de efetivar a dignidade da pessoa humana. E por fim, o equilíbrio econômico significa que o contrato deve ser proporcional para ambas as partes, pois a desproporção gera desigualdade e nesse caso não existe a justiça contratual.

Logo, os princípios da autonomia da vontade, da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico constituem o atual conceito de contrato, entendido como um negócio jurídico formado pelo acordo de vontade de duas ou mais pessoas, que estabelecem a criação, a efetivação e a extinção de uma relação obrigacional, à luz da boa-fé objetiva e nos limites da função social.

As diversas mudanças ocorridas na sociedade, em especial as relações de consumo, exigiram do direito uma atuação diversa daquela praticada em relação aos contratos. Verifica-se que a sociedade de consumo é caracterizada como uma sociedade em que as pessoas compram mais do que necessitam, por que são constantemente induzidas a aquisição de novos produtos como forma de acompanhar o mercado. Esse desejo de compra é causado pela publicidade e pela mídia, pois perpassam a ideia de que as pessoas só serão felizes e completas se possuírem tudo que é exposto à compra.

Essa sociedade de consumo contribuiu de forma efetiva para o surgimento do ordenamento protetivo consumerista, visto que a desigualdade entre as partes merecia especial proteção. Assim, tornou-se necessária a diferenciação entre os sujeitos de uma relação de consumo constituída de: um consumidor, que é quem contrata determinado serviço ou compra o produto; um fornecedor, que é quem detém o conhecimento técnico sobre a prestação do serviço e o produto, pois é ele quem produz e comercializa o bem; e um objeto que os relaciona, podendo ser um produto ou a prestação de determinado serviço.

Diante dessa conceituação, percebe-se a necessidade de proteção ao consumidor, diante da disparidade informacional e técnica que ele possui perante o fornecedor. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor é composto de diversos princípios consumeristas que tratam da defesa do consumidor, tais como: o princípio da proteção, que é uma positivação constitucional de defesa do consumidor; o princípio da solidariedade, por meio do qual a relação de consumo deve respeitar e não prejudicar terceiros; o princípio da reparação integral dos danos, que assegura ao consumidor a reparação total dos danos causados, sejam individuais, morais, coletivos ou difusos; o princípio da boa-fé objetiva, que determina aos contratantes o dever de agir com respeito e lealdade na relação de consumo, obrigando-se ao cumprimento do que foi pactuado.

Da mesma forma, o princípio da função social estabelece que as relações de consumo precisam ter uma utilidade e não devem se vincular a individualidade das partes, para atender ao objetivo de regulamentar uma situação em que existe desequilíbrio entre as partes.

Na mesma senda, o princípio da harmonia das relações de consumo envolve a igualdade material em que os contratantes estejam em posição de isonomia e que suas ideias sejam

harmônicas, isso significa que não podem ser opostas, mas sim complementares. Para uma proteção mais formal, adstrita ao conteúdo, existe o princípio da transparência ou confiança, visto que diante das informações prestadas aos consumidores, ele representa o dever informacional da parte que está produzindo determinado produto ou exercendo determinado serviço.

E por fim, os princípios da hipossuficiência e o da vulnerabilidade guardam intrínseca relação entre si, pois ambos levam em conta a condição inferiorizada do consumidor. O primeiro, tem um viés mais processual, e por meio dele a prova no processo deverá ser produzida pelo fornecedor, visto que a condição do consumidor não permite que detenha conhecimento específico na área.

O princípio da vulnerabilidade, é o que justifica a existência e a aplicabilidade do ordenamento protetivo, ou seja, é a razão de existir do Código de Defesa do Consumidor, por meio dele entende-se que o consumidor é a parte mais fraca da relação. Portanto, necessita de um maior proteção com o objetivo de igualar-se materialmente ao fornecedor na relação de consumo, e com isso não sofrer com os abusos que poderiam acontecer em face da disparidade.

Desse modo, para a efetivação da igualdade material entre os contratantes, o Estado passou a intervir na relação consumerista, para evitar os abusos. Nesse viés, a Constituição Federal de 1988 possui uma preocupação social e tomou para si a proteção da parte vulnerável, momento que elevou a proteção do consumidor à condição de direito fundamental. Em razão dessa intervenção retira-se dos contratantes parte de sua liberdade de contratar e restringe-se a autonomia da vontade. Mas, essa intervenção tem diferentes níveis, dependendo da relação que está resguardando.

Tratando-se de contrato de adesão, existe uma participação bem intensa do Estado, visto que é um negócio jurídico em que o fornecedor já possui o contrato redigido e pronto, não há a negociação das cláusulas e o consumidor somente poderá aderir ou não ao contrato. Esse modelo representa uma sobreposição da vontade do fornecedor ao do consumidor, que na maioria das vezes, mesmo não concordando com determinadas cláusulas, acaba aceitando o pacto já que necessita daquele produto ou serviço.

Assim, o contrato de adesão, apesar de diminuir a autonomia da vontade do consumidor, representa a maioria dos contratos de consumo, pois sua forma padronizada torna as negociações mais céleres e ágeis. Mas o fato de diminuir a autonomia da vontade não significa que ele não é válido, nesse caso, só será mais importante a participação do Estado, com o intuito de coibir qualquer forma de abuso que o fornecedor tentar cometer.

A evolução do conceito de autonomia da vontade e a adaptação do ordenamento jurídico aos anseios das pessoas ensejaram que a visão do direito passasse a ser constitucionalizada. Com isso, se as partes não são iguais, não é correto que o Estado se abstenha de proteger a parte vulnerável, simplesmente por que a liberdade é um dos instrumentos que movem a economia. Ressalta-se, que a liberdade, quando utilizada por pessoas que não possuem as mesmas condições de igualdade significa a supressão de diversos direitos. Portanto, cabe a lei igualar essa situação a fim de garantir a dignidade humana.

Em resposta a problemática, constata-se que diante dessa desigualdade entre as partes, o princípio da autonomia da vontade necessitou ser relativizado para dar efetividade a proteção do consumidor, elencado como um princípio constitucional. Logo, o conceito sofreu algumas alterações, em face dessa relativização, já que a liberdade de contratar não é mais ampla.

Tal noção decorre dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é o princípio maior, e a noção de liberdade fica atrelada a ele. Assim, se a liberdade e a dignidade estiverem em conflito, a dignidade prevalecerá. Assim, nas relações consumeristas, se a liberdade estiver causando supressão de direitos de alguma das partes, ela será relativizada para que se efetive a dignidade humana e com isso o tratamento igualitário.

Portanto, conclui-se que a mitigação da autonomia da vontade deve ocorrer quando as partes não estiverem em igualdade. Nesse contexto, o Estado por meio da intervenção estatal deve agir para igualar materialmente as partes contratantes. Essa intervenção busca dar efetividade à dignidade da pessoa humana e ao solidarismo social, por meio dos princípios da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A vulnerabilidade, a boa-fé e a função social do contrato minimizam a autonomia da vontade das partes, com o intuito de concretizar a igualdade material entre o consumidor e o fornecedor, para que eles possam contratar com iguais condições. Dessa forma, a mitigação da autonomia da vontade revela-se um instrumento eficaz na concretização da defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. 5ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. Ed. 6ª. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971144/cfi/6/10!/4/4@0:24.4>>. Acesso em: 08 Abr. de 2018
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica- perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. vol. 1, p. 117 – 144.Out / 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ARAUJO, Daniel de. *História geral*. Coleção Diplomada (Coord.) Fabiano Távora. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20951666/livro---sociedade-de-consumo---livia-barbosa>>, acesso em: 07. Abr. 2018.
- BAUMAN, Zygmund. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- _____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção professor Agostinho Alvim.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BESSA, Leonardo Roscoe. MOURA, Walter José Faiad de. Manual de direito do consumidor. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy

Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 Jun. 2017

_____, Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25. Mai. 2017.

_____, Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mai. 2017.

_____. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Consumo Sustentável/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor; Patrícia Faga Iglecias Lemos [et al]; Juliana Pereira da Silva e Amaury Martins Oliva (coord.). Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: http://defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_3_consumo_sustentavel.pdf. Acesso em: 06 dez. 2017.

CODE CIVIL 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0CD23A18A465F53FAD980E4053692E3D.tplgfr22s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=18040408>. Acesso em: 08. Abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. Ed.10. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502120570/cfi/4!/4/4@0.00:7.35>> Acesso em: 09. Abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In__Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003.

FEATHERSTONE, Mike. Cultura de consumo e pós-modernismo. Trad. Julio Assis Simões. Studio Nobel: São Paulo, 1990. Disponível em: < <https://ia802500.us.archive.org/4/items/FEATHERSTONEMike.CulturaDoConsumoEPosModernismo/FEATHERSTONE,%20Mike.%20Cultura%20do%20Consumo%20e%20P%20C3%B3s-Modernismo.pdf> > Acesso em: 09. Abr. 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover*. [et al].11. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FINK, Daniel Roberto. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover. [et al].* 11. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil contratos: teoria geral.* Vol.4, Tomo 1. Ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217235/cfi/60!/4/4@0.00:48.4>>. Acesso em: 06. Abr. 2018

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.* Vol.3. ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636736/cfi/4!/4/4@0.00:20.7>>. Acesso em 03. Mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Estado de Direito.* In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar/ Unissinos, 2006, p. 288-291).

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado.* Madrid: Ed Civitas, 1995. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/345449768/KONRAD-HESSE-DERECHO-CONSTITUCIONAL-Y-DERECHO-PRIVADO-pdf>>. Acesso em: 04. Abr. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Trad. Paulo Quintela. Edições 70. 1995.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.* Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança.* São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.* (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. *Os novos poderes/ direitos oriundos do contrato no código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes.* In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.* (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005523/cfi/6/10!/4/6/2@0:0>>. Acesso em: 09. Abr. 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teresa Paiva de Abreu de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. até 20 de maio e 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover...[et al]. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. vol.3. p. 455-508. Jun/ 2011.

PINHEIRO FILHO, José Muiños. CHUT, Marcos André. *Estado*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar/ Unissinos, 2006, p. 286-288).

RAMETTA, Gaetano. *Poder e liberdade na filosofia política de Kant*. In: DUSO, Giuseppe. *O poder: história da filosofia política moderna*. Giuseppe Duso (org.); tradução de Andréa Ciacchi, Lússia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. Ed. 6ª rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70066945494*. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva. Julgado em: 04. Set. 2015. Disponível em:<
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=vulnerabilidade+igualdade>>. Acesso em: 05. Mai. 2018.

_____. Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70066945494*. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em: 13. Out.

2016 . Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=autonomia+da+vontade->>. Acesso em: 05. Mai. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Vol 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Ed. 8*. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616288/cfi/4!/4/4@0.00:20.7>> Acesso em: 09. Abr. 2018.

SARRETA, Cátia Rejane Liczbinski. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. SILVA, Rogerio da. *Balcão do Consumidor: diálogos internacionais*. Passo Fundo, RS: UPF: Itajaí, SC: Univali, 2013.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *Kant e Radbruch: Do Dualismo Ser e Dever Ser ao Trialismo Aproximações sobre o Direito e a Filosofia do Direito*. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e8fd4a8a5bab2b37>>. Acesso em: 08. Abr. 2018.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 1/ 2014, p. 41-64. Out- Dez/ 2014.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In. *Temas de direito civil*, 3ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO Jr. Humberto. *O contrato e sua Função Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 10. Set. 2017.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. ed.12. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 791/2001, p. 31-64. Set

2001.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. ed.17, com a colaboração de desembargador professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Disposições Gerais*. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pelegrini Grinover [et al]. Ed. 9. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.