

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

KEILA PACHECO FERREIRA

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

JOANA STELZER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Joana Stelzer, Keila Pacheco Ferreira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-049-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Globalização. 3.
Relações de consumo. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O presente estudo consubstancia-se em obra que reúne uma coletânea de artigos de excelência acadêmica comprovada não apenas em razão de sua seleção pelo sistema double blind peer review, mas, também por sua apresentação no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), na cidade de Aracaju SE, entre os dias 3 a 6 de junho de 2015, reunindo pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Dentre os traços mais marcantes desse Grupo de Trabalho, teve-se a profundidade na discussão sobre o consumo e o consumismo, o fenômeno da globalização, o superendividamento e aspectos de responsabilidade que norteiam as relações de consumo. Os trabalhos promoveram uma crítica científica de cunho altamente reflexivo sobre o cenário contemporâneo, mediante uma interlocução comprometida por parte dos expositores que demonstraram possuir qualificação para argumentar sobre essas complexas questões contemporâneas.

A diversidade dos temas apresentados também trouxe um anseio generalizado pelas novas abordagens que as temáticas merecem e que não se resumem a uma ótica exclusivamente normativa. As discussões de alto nível entre os pesquisadores de diversas partes do País trouxeram imensa satisfação às Coordenadoras desse Grupo de Trabalho que puderam vivenciar tão enriquecedora experiência.

No intuito de revisitar os temas e autores, passa-se a fazer breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra.

Os autores Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, apresentam um estudo sobre o superendividamento e seus reflexos na sociedade contemporânea partindo da compreensão da modernidade líquida e dos novos pobres no artigo O Superendividamento como um problema de Direitos Fundamentais.

Partindo das patologias do consumo na sociedade moderna, e as diferentes implicações nas questões sociais, ambientais e econômicas as autoras Livia Gaigher Bosio Campello e

Mariana Ribeiro Santiago discorrem sobre as novas dinâmicas da locação de coisas, ressignificação da propriedade e efetivação do consumo solidário e sustentável.

Em Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira, os pesquisadores Everton Das Neves Gonçalves e Joana Stelzer ao tratar de diagnosticar o cenário contemporâneo da certificação do Comércio Justo, especialmente no âmbito brasileiro, demonstram que os princípios jurídicos, as regras de certificação e os códigos de conduta nada mais são do que estímulos normativos para uma mudança do comportamento de consumidor para agente de transformação social.

Analisando a aplicação dos sistemas S1 e S2 de Daniel Kahneman no sistema consumista e evidenciando conceitos e origens do sistema consumista, os autores Jose Everton da Silva e Marcos Vinícius Viana da Silva buscam compreender qual dos dois sistemas é aplicado no momento da compra dos novos produtos.

Trazendo à tona e inserindo o conceito da obsolescência programada no contexto da sociedade de risco, os autores Sérgio Augustin e Daniel Bellandi realizam uma breve crítica ao pensamento econômico da era da modernidade e apontam que, se observadas a pleno o conceito de obsolescência programada, consumo, consumismo e crescimento econômico, encontraremos intrínsecas inúmeras possibilidades de atenuação da crise ambiental em nosso planeta.

Tratando em seu artigo de formas a potencializar a segurança do consumidor e ao mesmo tempo fomentar o mercado de incorporações imobiliárias, os pesquisadores Leandro de Assis Moreira e Franco Giovanni Mattedi Maziero apresentam a utilização conjunta dos dois instrumentos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para o desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

Já em O apelo midiático e a publicidade subliminar no atual contexto das relações de consumo: Implicações e Responsabilidades, a autora Alana Gemara Lopes Nunes Menezes traz à tona a problemática das práticas publicitárias enganosas, especialmente a técnica subliminar e o merchandising, sua tutela pelo Direito e as suas consequências para o consumidor brasileiro.

Sergio Leandro Carmo Dobarro e Andre Villaverde de Araujo, ao estudar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, demonstram

que o mesmo deve funcionar como arcabouço de concretização de direitos e imputação de saldo benéfico ao processo, protegendo de modo mais energético àqueles que findam encaixilhados como vítimas pontuais na sociedade consumerista.

Partindo da conceituação enquanto bem jurídico supraindividual e a ausência de efetividade no plano da concretude, os autores Ângelo Maciel Santos Reis e Felipe Carneiro Pedreira da Silva em A (in)eficácia dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor tratam acerca dos tipos penais presentes no referido código, demonstrando que a proteção aos direitos da coletividade se torna inadequada ou insuficiente sob a perspectiva do Direito Penal.

Ao apresentar o caso do superendividamento sob o enfoque da legislação brasileira e a importância da propositura de soluções eficazes para frear tal fato, os pesquisadores Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura e Manoel Alexandre Cavalcante Belo demonstram a necessidade emergencial de uma reforma no Código de Defesa do Consumidor, bem como, que o superendividamento é uma questão de ordem pública, e como tal deve ser tratado.

Em A incidência e aplicabilidade do recall nas relações de consumo brasileiras, Patricia Martinez Almeida e Vladmir Oliveira da Silveira tratam do tema citado concluindo que nas relações em que ocorre o presente instrumento ainda não são satisfatórias, tanto em relação à falta da necessária transparência nas informações, seja pela abrangência de sua incidência prática.

Relatando a atividade administrativa das audiências de conciliação no âmbito do PROCON-TO como uma tentativa de dar uma resposta do poder público satisfatória ao consumidor, as autoras Renata Rodrigues de Castro Rocha e Liliane de Moura Borges reconhecem o serviço que vem sendo prestado à sociedade pelo PROCON-TO e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, concluindo que os Estados podem lançar mão desse tipo de mecanismo para tentar superar o obstáculo organizacional.

Abordando o dever de informação nos Contratos de Seguro-Saúde como desdobramento do Princípio da Boa-Fé Objetiva, os pesquisadores Evelise Veronese dos Santos e Roberto Wagner Marquesi expõe esse dever como de extrema importância, por isso as partes devem observar com rigor seu dever de informar, atingindo, com isso, a ideia da transparência contratual.

Discutindo sobre a crescente demanda do Direito Contratual relacionado ao Direito do Consumidor, Stefania Fraga Mendes e Roberto Alves de Oliveira Filho em seu artigo O

princípio da boa-fé como instrumento de equilíbrio e proteção nas relações de consumo no Brasil e na União Européia apresentam a aplicação do instrumento ora citado como um meio para a redução da desigualdade negocial entre consumidor e fornecedor.

Por fim, os autores Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Leonardo Macedo Poli fazem uma análise da autonomia dos consumidores nos contratos dentro da contemporaneidade.

As discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores na área consumerista, fomentando e amadurecendo a pesquisa na área do Direito, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros do CONPEDI.

É com muita satisfação que apresentamos esta obra. É garantida rica leitura e reflexão a todos.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr UNICURITIBA

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira - UFU

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

THE PRINCIPLE OF PRIVATE AUTONOMY IN CONTRACTUAL RELATIONS AND THE FLEXIBILIZATION OF THE COSUMERS' RIGHTS

**Wagner Camilo Miranda
Flávia Bernardes de Oliveira**

Resumo

Com o advento do liberalismo por volta do século XIX, à idéia de liberdade no momento de contratar ficou mais evidente. Neste contexto, surgiu a necessidade de uma maior intervenção do Estado com o objetivo de regular as relações contratuais e de garantir o mínimo de proteção aos direitos do consumidor. Em decorrência da globalização e do crescimento do mercado consumerista, a maioria das pessoas passou a trabalhar visando adquirir o sonho de consumo, um conceito frequentemente renovado por meio de inúmeras propagandas sedutoras. Estão relacionados a esse conceito os desejos que frequentemente excedem as condições financeiras e a autonomia privada. Além disso, os direitos essenciais das relações consumeristas estão sendo flexibilizados. Portanto, é necessário que o Estado ofereça melhor aplicabilidade das normas reguladoras dos contratos de consumo além do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um instrumento que acompanhe o acelerado crescimento das condições de consumo. Hoje, muito tem se falado em redução de desigualdades sociais e, com isso, aumentam-se a necessidade e o desejo de consumo por parte da população. O mercado consumerista se desenvolve de modo acelerado, trazendo a preocupação sobre o consumo em massa estar realmente garantindo a qualidade dos produtos e a concreção de direitos líquidos e certos. O ponto de reflexão deste artigo é justamente a atuação do princípio da autonomia privada, o mercado de consumo acelerado e o Código de Defesa do Consumidor, instrumentos que atualmente se encontram em desequilíbrio no meio social.

Palavras-chave: Princípio da autonomia privada, Evolução dos contratos de consumo, Flexibilização do código defesa do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

After the emergence of liberalism around the XIX century, the idea of freedom of contract became more notorious. In this scenario, the need for more frequent intervention from the State arose in order to regulate the contractual relations and to insure minimum protection for the consumers rights. Because of globalization and the growth in the consumerist market, many people started to work aiming to obtain the product of their dreams, a concept often renewed through several seductive pieces of advertisement. Together with this concept are the desires that often exceed private autonomy and the consumers financial conditions. Furthermore, the essential rights in the consumerist relations are being loosened. Therefore, it

is necessary that the State starts providing ways to better apply consumer contract regulation, besides the specific consumers' defense law, establishing an instrument to keep up to the increase in the market conditions. Nowadays, the decrease of social inequality rates is a recurrent subject, and so increases the populations needs and wishes to consume. The consumerist market has been developing fast, bringing with it a preoccupation whether the large-scale consumption is really ensuring the products quality and the guaranteed rights to the individuals. This paper proposes a reflection about the principle of private autonomy, about accelerated consumption market and the specific consumers' defense law, instruments that are still unbalanced in the social field.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of private autonomy, Evolution of consumer contracts, Flexibility of the specific consumers' defense law.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tópico principal o estudo sobre as relações de consumo e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas novas relações de consumo, que vêm amadurecendo e, ao mesmo tempo, sendo flexibilizadas no meio social.

Nas últimas décadas, o Brasil tem vivenciado um momento de destaque no cenário nacional e internacional, devido ao aumento do poder aquisitivo da população, impulsionado pelo crescimento econômico do país, o que vem possibilitando a aquisição de produtos e serviços em escala maior do que a praticada em décadas anteriores. Este cenário tem ocasionado uma alteração nos padrões de consumo, levando a população brasileira a consumir em grande quantidade no mercado externo e interno.

Tais alterações nos padrões de consumo são uma tendência que já vem sendo observada e também prognosticada há algum tempo. Já em 2010 se dizia que:

A aceleração do crescimento econômico, o controle da inflação, a ampliação do crédito, a elevação da renda, o aumento real do salário mínimo e a expansão dos programas sociais de transferência de renda estão reproduzindo no Brasil um fenômeno típico de sociedades avançadas: a criação de um mercado consumidor de massa, forte e cada vez mais complexo. [...] O lado mais visível desta transformação em curso é a escalada de uma massa de pessoas para classes superiores de consumo.¹

Em janeiro de 2013, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a participação de outros Ministérios e do IBGE, lançou o documento “Indicadores de Desenvolvimento Brasileiro”², segundo o qual:

Nos últimos 10 anos, a economia brasileira foi marcada pela combinação de crescimento econômico e melhora da distribuição de renda. O PIB per capita real brasileiro aumentou 29% e foi caracterizado por uma evolução mais favorável da renda da população mais pobre.

Essa extrapolação do consumo pelas fronteiras nacionais e internacionais se deve também à abertura dos mercados para produtos e serviços estrangeiros, ocasionado pela crescente integração econômica internacional, pela regionalização do comércio, pelo crescimento das telecomunicações, pela conexão em rede de computadores e pelo comércio eletrônico.

¹Íntegra do artigo disponível em: <www.macroplan.com.br/Documentos/ArtigoMacroplan2010817182941.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

²Íntegra do documento em: www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/indicadores_de_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

Em face do cenário exposto propõe-se, neste artigo, analisar mudanças ocorridas com a implementação do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990³ em particular quanto ao princípio da autonomia privada.

Segundo Rizzatto Nunes⁴, a evolução do direito do consumidor decorre do contexto histórico vivido pela sociedade em determinado momento. Assim, no Brasil, a necessidade por leis que regulassem as relações de consumo surge a partir da década de 60, haja vista esse período ter sido marcado por grande processo de industrialização, por crises econômicas e sociais, bem como por elevado processo inflacionário.

O contrato de consumo, em particular, é um dos mais importantes institutos jurídicos, pois solidifica a movimentação de riquezas no meio social, sendo regido, principalmente, pelo princípio da autonomia privada, que se caracteriza como aquele que garante às partes na relação contratual a livre manifestação de vontade.

Importante ressaltar que com o acelerado crescimento da sociedade consumerista⁵ e a massificação das negociações, o consumidor permanece ocupando o lugar desvantajoso na relação contratual firmada com fornecedores ou fabricantes, já que são estes, e não aquele, que determinam, unilateralmente, os regramentos do negócio normalmente, ferindo em alguns casos o princípio da autonomia privada, a liberdade de escolha, a liberdade de contratação, dentre outros.

Propõe-se uma reanálise do foco do Código de Defesa do Consumidor de modo que a liberdade de contratar se estabeleça predominantemente em observância ao princípio da autonomia privada, aos limites impostos ao exercício e suas garantias legais para aquisição de produtos ou serviços.

É necessário estimular o Estado a intervir nas relações consumeristas para estabelecer normas que compatibilizem as novas mudanças advindas dos avanços tecnológicos e da globalização com a garantia de proteção aos direitos básicos dos consumidores, que vêm sendo esquecidos ou flexibilizados gradativamente nos últimos anos, considerando o consumo acelerado de produtos e serviços.

2 FUNÇÃO ECONÔMICA E DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS

³ Íntegra da lei disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 1º abr. 2015.

⁴ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39/45.

⁵ Para estatísticas oficiais sobre o crescimento do consumo no Brasil, consultar <www.ipeadata.gov.br>.

Os contratos possuem função econômica na medida em que instrumentalizam a circulação de riqueza e a difusão de bens⁶, sendo esta sua essencial destinação, eis que contrato sem função econômica simplesmente não é contrato⁷. O seu substrato é a patrimonialidade, melhor ainda, a economicidade, pois opera exclusivamente nas relações que têm por base o elemento econômico.

Não obstante, mesmo que as partes sejam movidas por interesses subjetivos (ideal, moral, cultural etc.) ao contratar, ainda assim o contrato terá que resultar objetivamente em uma operação econômica. Em outros termos: sem transferência de riqueza não há que se falar em contrato, mesmo que exista entre as partes a convicção de se obrigarem legalmente.

Tendo em mente a sua função econômica, Humberto Theodoro Junior acentua que o contrato apenas reconhece um fato inevitável do cotidiano social, procurando impor a ele certos condicionamentos, até porque seria descabida qualquer norma que visasse impedir o contrato ou que buscasse afastá-lo do campo das operações de mercado⁸.

Neste contexto, o contrato se afigura um instrumento propulsor da ordem econômica, ao exercer a tarefa de jurisdicizar e de conferir segurança jurídica às relações inter-humanas e empresariais de índole particular, sendo categoria jurídica de fundamental importância para a organização da sociedade contemporânea.

Assim sendo, o contrato assimila e cumpre sua função regulatória no momento que enfeixa as obrigações e os direitos assumidos pelas partes⁹, materializando o princípio da autonomia privada, este exteriorizado pelo exercício da liberdade contratual.

3 AUTONOMIA PRIVADA E RELAÇÃO CONTRATUAL

O conceito de autonomia privada pode ser estabelecido quando predomina a vontade do indivíduo diante dos inúmeros princípios que conduzem o direito nas relações contratuais.

Segundo Fernando Noronha¹⁰, a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses, por intermédio de contratos e, também, de negócios unilaterais, tanto no âmbito pessoal como no patrimonial, especialmente, em que tem destaque a produção e distribuição de produtos e a prestação de serviços. Fernando Noronha assevera

⁶ BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2007.p.63.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.99.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.95.

⁹ BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e regras...**, cit...,p.63.

¹⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: Fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390.

que princípios importantes se fundamentam na autonomia privada, como o da liberdade contratual, o do consensualismo e o do efeito relativo dos contratos.

Qualquer contrato aceito pela vontade individual - que adquiriu o *status* de soberana - seria dotado de ação a garantir seu adimplemento, tendo força de lei entre as partes contratantes.

O contrato aparece como um dos instrumentos de circulação da riqueza e aponta para a reação liberal à concepção da propriedade. O cidadão rege seus próprios interesses e vincula-se com autonomia, segundo seu “querer”, qualidade que não depende de sua posição específica no grupo social, mas do fato mesmo de ser homem, livre e igual a todos os homens, igualmente qualificados como sujeitos de direito.

O mercado é comum a todos. A idéia de que as relações se equilibram na *praxis* do mercado faz do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica, apoiando-se na liberdade, mas pressupondo, como condição operacional, também a idéia de igualdade. Era a garantia de que um sujeito poderia regular suas relações com outro de acordo com seus próprios interesses e da melhor forma possível, porque ambos eram livres; eram igualmente livres. A igualdade e a liberdade transformam os homens.

A teoria da autonomia privada se baseou no pensamento de que a regulamentação ideal de uma dada relação é aquela fixada pela livre determinação das próprias partes envolvidas, através do contrato, que garante, formalmente, à vontade.

Define-se a autonomia privada como a liberdade conferida aos sujeitos de direito de autorregrem os interesses materiais e/ou existenciais, desde que observadas às diversas formas de expressão do Direito. Os interesses existenciais se restringem aos seres humanos. A autonomia privada deixa de ser um valor em si mesmo, como apregoavam os cultores do liberalismo, assim como continua sendo um dos principais princípios jurídicos¹¹.

Para o direito, no caso da pessoa humana, significa a projeção do personalismo ético – o ser humano como centro das preocupações jurídicas e sem se tornar um serviçal da sociedade, por meio de uma formal titularidade conferida pelo Direito¹².

O sentido técnico da autonomia privada indica que ela direciona, configura e faz com que o direito funcione, e bem. É, também, função do princípio da autonomia privada servir de pilar interpretativo para as demais normas no âmbito do direito privado.

¹¹ BIANCA, C, Massimo. **Direito civile 3, Il contratto**. Milano: Giuffré, 2000.p.30.

¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,p.78.

Salienta-se que um regramento restritivo à autonomia privada terá interpretação extensiva se for para a proteção da parte vulnerável da relação contratual, principalmente se colidirem direitos existenciais e patrimoniais, em que os primeiros sempre prevalecerão.

A autonomia da vontade circunscreve ao pensamento subjetivo da pessoa em contratar (ou não), visto que, se há a externalização do pensamento, torna-se autonomia privada, pois a autonomia não é da vontade, mas da pessoa, a colocar o princípio do consensualismo no bojo do princípio da autonomia privada. Esse entendimento não é unânime na doutrina, como aduz Paulo Lobo:

A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento da autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta, enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribui à vontade¹³.

Na contemporaneidade desloca-se o eixo da autonomia privada da vontade da pessoa para a confiança despertada por ela no outro contratante e na sociedade, a tornar irrefutável a objetivação do princípio, objetivação esta não atrelada à conduta, mas às expectativas geradas, já que a intenção e a conduta são indissociáveis. A autonomia privada constitucionalizada vai de encontro à mercantilização do direito e ao encontro da perspectiva funcionalizada dos institutos jurídicos¹⁴.

4 AUTONOMIA PRIVADA, CÓDIGO DEFESA CONSUMIDOR E ORDEM PÚBLICA

A caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro surge da sua localização na Constituição Federal de 1988, por meio de sua alocação no art. 5º, inciso XXXII, que determina expressamente: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Vale mencionar, aliás, que a necessidade de proteção ao consumidor não é nova no mundo jurídico, e, nesse aspecto, a Constituição Federal não inova, mas dá o primeiro passo no sentido de incorporar a proteção ao consumidor à normativa nacional. A Resolução nº

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 10; ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre-iniciativa. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, a.4,V,15, p 73-88, p.77, jul/set.2003.

¹⁴ FROTA. Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Ed. Juruá, 2011, p.143-145.

39/248 da ONU, de 1985¹⁵, já se (pre)ocupava com a questão. Das diretrizes gerais para a proteção do consumidor:

[...] reconhecendo que os consumidores frequentemente enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, níveis de educação e poder de barganha [...], essas diretrizes para a proteção do consumidor tem os seguintes objetivos: (a) Auxiliar os países a atingirem ou manterem uma proteção adequada para sua população enquanto consumidores [...].¹⁶

Neste sentido, o Brasil se fundamenta em relação aos direitos do consumidor na própria Constituição, que foi posterior a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, ambos promovedores de uma mudança conceitual e principiológica dos institutos civis e consumeristas, sendo certo que a Constituição Federal alterou as disciplinas jurídicas integralmente, dando início a um processo geral de constitucionalização do direito.

Segundo César Fiuza, “por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas do Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição”. Em contrapartida, muito prudentemente alerta que “deve-se ter enorme cuidado, porém, para, em nome da dignidade humana, do interesse público ou da função social de algum instituto, não se admitir intervenções arbitrárias no domínio da autonomia privada [...]”. Vê-se, desses excertos, que o equilíbrio entre os princípios constitucionais e a autonomia privada, vigente no âmbito das relações consumeristas, é um desafio.

O direito do consumidor¹⁷ renovou as bases jurídicas do direito brasileiro no contrato, na responsabilidade civil, no acesso à justiça, na tutela coletiva¹⁸, em diversas regras de processo civil e processo penal, nas sanções administrativas¹⁹ e até em sanções penais²⁰, já que o direito tendeu a considerar a relação de consumo um bem coletivo autônomo.

¹⁵ Íntegra disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>. Acesso em 1º abr. 2015.

¹⁶ Tradução pelos autores, do original “recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power [...], these guidelines for consumer protection have the following objectives: (a) To assist countries in achieving or maintaining adequate protection for their population as consumers [...]”.

¹⁷ DE LUCCA, Newton, **Autonomia do direito do consumidor**. Direito do consumidor, p.69-79.

¹⁸ Para mais sobre o tema, ver NOVAIS, Maria Elisa Cesar. **A tutela executiva nas ações coletivas em defesa do consumidor: as iniciativas e as estratégias dos legitimados para viabilizar a efetividade dos interesses individuais homogêneos nas execuções coletivas frente aos limites interpretativos impostos pelo poder judiciário**. São Paulo: USP, 2013. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10012014-165521/publico/Textuais_Maria_Elisa_Cesar_Novais.pdf>. Acesso em 1º abr. 2015.

¹⁹ Para mais sobre o tema, ver FAVARO, Maria Carolina Pacheco. **A reestruturação e o fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador: a necessidade da Terceira Via para a efetividade da proteção dos direitos dos consumidores**. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-090731/publico/Dissertacao_Maria_Carolina_Pacheco_Favaro_Versao_Final.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor se presta a (ao menos tentar) promover a igualdade real entre os consumidores e os fornecedores²¹. O Código também aperfeiçoa o mercado de consumo ao traçar as diretrizes de conduta desses agentes em decorrência da despersonalização do contrato, por meio dos contratos de massa e da formação dos diversos conglomerados econômicos, o que aprofunda a desigualdade entre os partícipes da relação de consumo²².

Verifica-se que existem assimetrias e convergências entre os contratos civis e os de consumo, sendo importante que o intérprete e os contratantes em qualquer das relações busquem o conteúdo orientado, a abordagem dinâmica, a cooperação, a perspectiva existencial a prevalecer sobre a patrimonial, o que pode tornar concreta e justa a atividade contratual.

Preocupa-se com a formação, com a execução e com os acontecimentos posteriores ao fim do pacto e não somente com a forma²³ do contrato. Certo é que um novo discurso racional é necessário para a releitura dos institutos jurídicos, que interagem com a realidade sobre a qual o direito incide²⁴, a fim de que se atinjam a validade (plano jurídico), a eficácia (plano sociológica) e a legitimidade (plano filosófico) no momento da interpretação jurídica, principalmente em uma relação contratual pelo volume e pela relevância que possui na vigente sociedade.

Inúmeros são os programas sociais²⁵ apresentados todos os dias para diminuição da desigualdade social no Brasil; visam, na maioria das vezes, aumentar as condições de consumo dos brasileiros, e criar melhores possibilidades econômicas e culturais.

²⁰ Para mais sobre o tema, ver BONETTI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade Penal pelo Produto**. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf>. Acesso em 1º abr. 2015.

²¹ Veja sobre os conceitos de fornecedores e de consumidor em MARQUES. Cláudia Lima. **Contrato no código de defesa do consumidor**, p.301-426; DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**, p. 111-210.

²² Veja IRTI, Natalino. **L' età dela decodificazione**. 4. Ed. Milão: Giuffrè, 1999, p.46; DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**, p.79; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**, p. 21-29.

²³ RIZZO, Vito. **Contrato do consumidor comum dos contratos**, p. 280-281.

²⁴ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Org). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte. PUCMG, 2006. P. 105-118; BRANDON, Robert B. **Hacerdo explicito: ranamiento, representación y compromiso discursivo**. Tradução de Ángela Ackermann Pilári y Joana Rosselló. Barcelona: Herder, 2005. P. 162 e ss.

²⁵ Veja-se, por exemplo, o Bolsa Família, que, conforme consta do site do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, “é um programa de transferência direta de renda”. Disponível em: <www.mds.gov.br/bolsafamilia>. Acesso em: 1º abr. 2015.

O mercado consumerista se desenvolve de modo acelerado, mas o que preocupa é até que ponto o consumo em massa está realmente garantindo a qualidade dos produtos e de direitos líquidos e certos aos indivíduos.

Por mais que existam leis que tentem estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, o próprio interesse público vai coincidir com os interesses privados, quando da análise do princípio da autonomia da vontade privada.

San Tiago Dantas apresenta três princípios contratuais ao longo da evolução do instituto – autonomia da vontade, obrigatoriedade das convenções e o princípio da supremacia do interesse público, este o que impede contratos contra a lei e em face dos bons costumes, assim como estabelece normas cogentes e inderrogáveis por vontade das partes²⁶.

Ressalta-se, contudo, que o princípio da autonomia privada abrange o princípio do consensualismo (v.g. CC/2002, art. 482), o da atipicidade e o da liberdade contratual, assim como o da função social abarca o da proteção do aderente²⁷, e o da boa-fé abarca o da probidade. Esses últimos envolvem o do interesse público alinhavado por San Tiago Dantas. O princípio da equidade, embora não expreso, vale para todo o direito.

Os princípios contratuais individuais externalizam um contrato intocável, no qual as partes possuem igualdade formal (igualdade de oportunidades *a priori* e dissociadas do caso concreto) e devem cumprir o pacto na forma contratada, afora a hipótese de constatação de vícios de vontade ou vícios sociais, defeitos quanto à validade de alguma hipótese de revisão contratual.

Observe-se que o direito à informação²⁸ é corolário do princípio da autonomia privada, pois a decisão livre²⁹ é fundamentada na análise individual de todos os elementos que compõem a relação de consumo, razão pela qual o consumidor deve dispor de todas as informações pertinentes. A transparência nas negociações é um dever anexo decorrente da

²⁶ DANTAS, F.C. de San Tiago. **Evolução contemporânea do direito contratual**. Revista Forense comemorativa 100 anos, direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. T. 3, p 223-241.p.226.

²⁷ Gustavo Tepedino entende que o princípio da função social do contrato não serve para proteger o contratante, mas para produzir deveres extracontratuais. TEPEDINO, Gustavo. Nota sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao prof. Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.395-405.p.398.

²⁸ Sugestão de leitura: PFEIFFER, Maria da Conceição Maranhão. **Direito à Informação e ao Consumo Sustentável**. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-10092012-162142/publico/DIREITO_A_INFORMACAO_E_AO_CONSUMO_SUSTENTAVEL-versao_compl.pdf>.

Acesso em: 1ºabr. 2015.

²⁹ CDC, “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

boa-fé objetiva, que, no âmbito do direito do consumidor, assume uma feição notadamente protetiva.

Aliás, assim como a defesa do consumidor, também o direito à informação é protegido constitucionalmente (art. 5º, XIV, primeira parte³⁰), além de estar disposto no art. 6º, III, e 31, *caput*,³¹ do CDC.

A autonomia privada como a liberdade conferida aos sujeitos de direito de autorregrem os interesses materiais e/ou existenciais, desde que observem as diversas formas de expressão do direito. Os interesses existenciais se restringem aos seres humanos. A autonomia privada deixa de ser um valor em si mesm^{a32}, como apregoavam os cultores do liberalismo, assim como continua sendo um dos principais princípios jurídico³³.

O pensamento inicial é o de um o Estado liberal puro, cuja meta é permitir que a liberdade de cada indivíduo possa se fundamentar com base numa lei universal, que garanta a possibilidade de aquisição de produtos ou serviços de acordo com parâmetros mais equilibrados.

A verdadeira finalidade do Estado deve ser oferecer aos cidadãos liberdade tanta que lhes permita, a cada um deles, buscar o seu modo, a sua própria satisfação e a sua felicidade, preservando o equilíbrio contratual.

5 O CRESCIMENTO DO MERCADO DE CONSUMO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A partir da massificação da prestação de serviços e da produção acelerada de produtos, se viu necessária uma legislação que regulamentasse as relações de consumo, pois essa massificação inseriu elementos entre o consumidor e o fornecedor, eliminando, muitas vezes, o contato direto que antes havia.

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação [...]”.

³¹ CDC, “Art. 6º 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; [...] Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”.

³² TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**, p71.

³³ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**3, Il contratto. Miliano: Giuffrè, 200.p.30.

A massificação de consumo foi um fenômeno não exclusivo do Brasil, mas uma tendência mundial. Em 15 de março de 1962, John F. Kennedy discursou para o Congresso americano³⁴:

O marketing é cada vez mais impessoal. A escolha do consumidor é influenciada pela propaganda de massa, que se utiliza de artes de persuasão altamente desenvolvidas [...]. É necessária uma ação legislativa e administrativa extra, todavia, se o Governo federal tiver a intenção de cumprir sua responsabilidade para com os consumidores no exercício de seus direitos.

A produção em massa fez com que o consumidor tivesse um papel de menor destaque nas negociações, porquanto o fator determinante na produção passou a ser a quantidade e não a qualidade. Essa perda de poder do consumidor fez com que o fornecedor pudesse ditar com maior autonomia as regras do mercado, fazendo surgir, por exemplo, os contratos de adesão. O consumidor que deixasse de contratar deixaria de atender a uma necessidade singular, ao passo que o fornecedor que deixasse de contratar perderia apenas um consumidor ³⁵.

A legislação consumerista objetiva a proteção do consumidor em todas as fases da relação de consumo, expressamente garantindo a sua posição de vulnerabilidade, assegurando meios de restabelecer o equilíbrio abalado em razão de sua posição natural de vulnerabilidade.

Nos contratos de consumo, a lei proíbe que ao consumidor sejam impostas cláusulas consideradas abusivas³⁶, assim entendidas como aquelas que o coloquem em situação de desvantagem perante o fornecedor contratante. A abusividade decorre da afronta ao princípio

³⁴ Tradução pelos autores, do original “Marketing is increasingly impersonal. Consumer choice is influenced by mass advertising utilizing highly developed arts of persuasion. [...] Additional legislative and administrative action is required, however, if the federal Government is to meet its responsibility to consumers in the exercise of their rights.”. KENNEDY, John F. “Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest.”. Disponibilizado na íntegra por John Woolley e Gerhard Peters em <www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acesso em: 6 abr. 2015.

³⁵ ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **O consumidor nas relações de consumo**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120107.pdf>>. Acesso em: 2 abr. de 2015.

³⁶ CDC, “art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.”.

da boa-fé objetiva, norma fundamental que permeia as relações firmadas entre consumidores e fornecedores.

Assim, decretada a abusividade de determinada cláusula, ela não produzirá qualquer efeito no contrato em que inclusa, já que a regra consumerista prevê que a sanção às cláusulas abusivas será a nulidade de pleno direito, conforme preconiza o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Então, nulificada a cláusula, a regra geral do §2º³⁷ do dispositivo mencionado é a de que o contrato permanecerá vigente, desde que não decorra ônus às partes em virtude da ausência da cláusula.

O domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista advinda de um lento processo histórico da evolução das relações contratuais, resultando no conhecido brocardo “respeito à palavra dada”, herança dos contratos romanos e expressão propulsora da idéia central de contrato como fonte obrigacional³⁸.

Na definição de Francisco Amaral, a autonomia privada “é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”³⁹.

Ou seja, essencialmente, trata-se da liberdade que a pessoa possui para regular seus próprios interesses, a faculdade de que dispõe para concluir livremente suas avenças.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, “desse princípio decorre [...] a *pacta sunt servanda*, pela qual a vontade manifestada no contrato faz lei entre as partes contratantes, a relatividade dos contratos em relação a terceiros e o respeito à vontade das partes, que têm liberdade de contratar se, com quem, o que e como quiserem”⁴⁰.

No Estado liberal clássico fruto da Revolução Francesa, esse princípio chegou a seu ápice, tornando-se quase absoluto. No Estado liberal, entendia-se que o equilíbrio e a justiça do contrato advinham justamente da liberdade das partes em contratar.

Posteriormente, com o avanço de normas de ordem pública, além dos princípios sociais contratuais, a autonomia da pessoa, pouco a pouco, encontrou limitações ao seu campo de atuação, no qual antes reinava soberana.

Na esteira de tais limitações, encontra-se a função social do contrato, a qual, no pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é, antes de tudo, um

³⁷ CDC, art. 51, “§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”.

³⁸ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Contratos no direito brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I. p.7.

³⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.347-348

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado: Contém notas à Licc**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.363

princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.⁴¹

Entretanto, faz-se mister ressaltar que tal princípio – o da função social do contrato – não elimina por completo a autonomia privada, visto que a função social “não é nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, [...] destruiria o próprio instituto do contrato”⁴².

Em sede de bosquejo histórico, no transcurso do século XX, a partir das guerras e revoluções de todo porte, fatos históricos por excelência, o individualismo liberal cedeu espaço ao chamado intervencionismo estatal, mudança ideológica estrutural no espectro geopolítico dos povos.

Intervencionismo, aliás, incentivado pela normativa internacional. Da já mencionada Resolução nº 39/248 da ONU, de 1985⁴³, vê-se o direcionamento aos governos para um tratamento dos consumidores voltado para a proteção em relação à sua vulnerabilidade:

Princípios gerais. 2. Os Governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma forte política de proteção aos consumidores, levando em consideração as diretrizes postas abaixo. Procedendo assim, cada Governo deve estabelecer as suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais de cada país e as necessidades de sua população, e atentando para os custos e benefícios das medidas propostas.⁴⁴

Com isso, eclodiu, como resultado dessa ingerência do Estado, o “dirigismo contratual”⁴⁵. Nesta seara, colhe-se o escólio de Arnaldo Wald, o qual, nos seguintes termos, afirma:

As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o Direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente mais fracos, favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor⁴⁶.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. rev. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 48.

⁴² ALVIM NETTO, J. Manoel de Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, ano 92, v.815 – setembro/2003, p.19/20

⁴³ Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

⁴⁴ Tradução pelos autores do original “General principles. 2. Governments should develop, strengthen or maintain a strong consumer protection policy, taking into account the guidelines set out below. In só doing, each Government must set its own priorities for the protection of consumers in accordance with the economic and social circumstances of the country, and the needs of its population, and bearing in mind the costs and benefits of proposed measures.”.

⁴⁵ Segundo César Fiuza, “Por dirigismo contratual, deve-se entender a intervenção do Estado no domínio econômico. Essa intervenção ocorre sempre em socorro dos bons costumes e da ordem pública.” **Direito Civil, Curso Completo**. 16ª Ed. Vol. único. Belo Horizonte: Del Rey. 2013. p. 548

⁴⁶ WALD, Arnaldo. **O Contrato: Passado, Presente e Futuro**. Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, nº8, 2000. p.44

O que se nota, portanto, é que, no atual Código Civil, “o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade”⁴⁷.

Entretanto, interessa ressaltar que todas essas limitações impostas ao princípio objeto deste estudo não significam o extermínio da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado estagnar-se-iam e a sociedade atual entraria em verdadeiro colapso⁴⁸.

6 VULNERABILIDADE / HIPOSSUFICIÊNCIA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é a primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal, o que significa que o consumidor é tratado por força de lei como a parte débil da relação jurídica de consumo.

Rizzatto Nunes define que a vulnerabilidade reflete a hipossuficiência no sentido original do termo - incapacidade ou fraqueza econômica, mas o relevante na hipossuficiência é exatamente essa ausência de informação a respeito dos produtos e serviços que são adquiridos. É evidente que o consumidor é da mesma forma, hipossuficiente para contratar. Não tem ele conhecimento técnico para que lhe permita entender o conteúdo das cláusulas contratuais.⁴⁹

A idéia de bem-estar compreende a maior eficiência do mercado, que pode ser identificada quando passe a existir a distribuição dos benefícios desta eficiência aos consumidores em geral, seja sob a forma de custos e preços menores de produtos ou serviços, seja pela melhoria da qualidade dos produtos.

Bruno Miragem ressalta que:⁵⁰

O bem-estar do consumidor estará relacionado a vantagens obtidas em um destes três aspectos: a) melhores preços; b) melhor qualidade, c) maior diversidade de oferta. Todavia, diferentes visões do conceito de bem-estar do consumidor observam que a noção econômica de eficiência alocativa, pode em muitas situações melhorar os resultados do agente econômico, sem representar necessariamente em melhoria imediata para o consumidor.

Os contratos de consumo podem ser considerados pela sociedade contemporânea como expressão de liberdade contratual e mais como a realização de uma necessidade de consumir⁵¹.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.390.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. rev. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36.

⁴⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 675.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

Importante ressaltar que a idéia de abuso pressupõe a prevalência da posição dominante (*machtposition*)⁵², neste sentido a doutrina consumerista especializada interpreta essa noção de abuso, justamente em vista da desigualdade de posições e do exercício opressivo da posição dominante pelo fornecedor.

Assim, por exemplo, Guilherme Fernandes Neto, que, após referir sobre a formação histórica do conceito de abuso do direito, identifica-o em relação ao direito do consumidor, a partir de cinco critérios, quais sejam: a desproporcionalidade, o desvio da função social; o desvio da função econômica; a incompatibilidade com a equidade e a incompatibilidade com a boa-fé.

Portanto, necessário buscar o equilíbrio nas relações de consumo para que seja possível respeitar o princípio da autonomia privada, o bem-estar do consumidor e as garantias dos produtos ou dos serviços.

7 CONCLUSÃO

As profundas transformações da sociedade, de ordem política, social e econômica se refletem no instituto do contrato de consumo, transformando-o também, e profundamente, o que não parece poder ser revertido simplesmente pelas tendências neoliberais. Em consequência, várias figuras contratuais têm, hoje, configurações bem diferentes daquelas previstas no século XIX.

A própria dinâmica das operações econômicas, muito mais complexa e desenvolvida na sociedade atual, leva ao surgimento de figuras contratuais inteiramente diversas, não facilmente redutíveis ao conceito de contrato, ou contrato de consumo.

Constata-se, no que toca à Constituição Federal e à disciplina das relações contratuais, que não só a vontade das partes desempenha um papel decisivo. A autonomia privada é, em grande número de casos, uma perspectiva de direito que se encontra distante dentro de uma relação contratual específica.

O mesmo se pode dizer da quebra do paradigma da força obrigatória do contrato, também conhecido pelo brocardo “*pacta sunt servanda*”, que se debate entre a busca da equidade contratual e a necessidade de preservar a liberdade e a vontade dos contratantes, não

⁵¹ Neste sentido: MARQUES. Contratos..., p. 148.

⁵² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 43

se olvidando da hipossuficiência que caracteriza o consumidor na relação contratual de consumo, caracterizada pela vulnerabilidade perante o detentor do maior poder de negociação.

Necessário que se faça uma reflexão sobre a real necessidade de acompanhamento da globalização nas aquisições de produtos, pois, atualmente, o comércio impulsiona o ser humano para gastar além das suas condições financeiras e do próprio desejo, gerando, desta forma, instabilidade, ou melhor, uma flexibilização dos direitos do consumidor em relação aos produtos e suas garantias de utilização, tornando-se menos descartáveis, equilibrando, desta forma, a autonomia da vontade, a economia social e a garantia dos produtos.

É necessário reformular a dogmática contratual de consumo; porém, é necessário, também, tomar cuidados para que não se rompam esses difíceis equilíbrios entre dois valores fundamentais e complementares: a ordem social e a liberdade individual.

Durante o século XIX e boa parte do século XX, o princípio da autonomia privada, apoiado na liberdade individual, tendeu a ser considerado como princípio absoluto do direito contratual, e toda regra ou toda obrigação parecia ilegítima se não era livremente aceita.

Atualmente, a sociedade passa por um processo crescente de adaptações do direito contratual consumerista e do princípio da autonomia privada, e sente a necessidade de pressentir e adivinhar novas mudanças no direito contratual da sociedade globalizada, na tentativa de equilibrar as relações.

As orientações da teoria do contrato de consumo podem significar a criação de uma nova ordem contratual, inspirada nos valores, nos princípios e nas regras constitucionais, mas também podem colocar em risco e desestruturar definitivamente um sistema contratual cuidadosa e pacientemente construído pela reflexão jurídica secular, que ainda hoje está condensado no Código Civil.

Os princípios de justiça são universais, porém, uma forte característica teleológica é identificada, em que o justo e o bem são interpretados como complementares, não estabelecendo uma sobreposição dos direitos individuais em relação aos direitos coletivos, mas, sim, operando com uma concepção de justiça política que reconcilia a liberdade dos modernos (autonomia privada) com a liberdade dos antigos (autonomia pública), levando em consideração as condições particulares (contingentes) de uma sociedade democrática⁵³.

O princípio da autonomia privada, apesar de todas as transformações ocorridas nas últimas décadas, ainda traz a idéia de liberdade de escolha, o que impulsiona o direito do consumidor a uma transformação constante para melhor regular os direitos contratuais da

⁵³ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitaríssimo**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 30(1): pág. 169-190, 2007.

sociedade - que hoje já não pode ser considerada moderna, mas, sim, pós-moderna-, de acordo com o crescimento acelerado do mercado consumidor.

A autonomia da vontade privada repousa na superioridade da vontade sobre a lei, mas deve se basear nos princípios contratuais da boa-fé, da justiça, da função social, dentre outros, necessário que se tenha conhecimentos sólidos do instituto contratual para fazer valer os inúmeros princípios que acompanham a autonomia privada, quais sejam: boa-fé, justiça e função social dos contratos de consumo em particular.

Importante questionar se o crescimento acelerado das relações de consumo está realmente atendendo ao papel social da economia, pois é marca hoje de uma variedade de produtos a descartabilidade, já que a sua durabilidade corresponde ao prazo da garantia estabelecida pela legislação, que, coincidência ou não, é um instituto que merece ser aprimorado para assegurar aos consumidores produtos que possam durar além das garantias básicas do produto.

As reflexões esboçadas neste artigo são o espelho da sociedade brasileira que luta para se adaptar à modernidade, fatores que causam reflexos nas próprias contradições e dificuldades que atualmente a sociedade consumidora vem sofrendo, tais como influências para o consumo constante de produtos verdadeiramente limitados em sua funcionalidade, ou melhor, praticamente descartáveis.

Após o desenvolvimento deste artigo, pode-se propor, para a diminuição dos impactos negativos ao consumidor em decorrência do crescimento acelerado do mercado de consumo, o aumento do prazo de garantia de sobrevivência dos produtos conforme o art. 26 do CDC: “O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis [...]”.

Esta abordagem poderia causar impactos positivos nas relações de consumo principalmente em benefícios aos consumidores, que correspondem, como visto, à parte geralmente hipossuficiente nas relações de consumo.

O aumento do prazo da garantia legal é uma alternativa, mas outras soluções podem ser melhor estudadas, como o desenvolvimento de uma cultura informativa, por meio do incentivo aos fornecedores para que prestem, habitualmente, informações completas e adequadas aos consumidores, reduzindo, então, a distância entre os conhecimentos técnicos dos primeiros e dos segundos, o que impacta diretamente na redução do espaço de vulnerabilidade do consumidor.

O momento atual de escassez de recursos hídricos e energéticos tem deflagrado ações e campanhas de consumo consciente e consumo sustentável, demonstrando ser um momento propício para a inserção de novas políticas públicas de educação de consumo, em suas diferentes frentes. Nesse sentido, merece atenção o Projeto de Lei nº 537, de 2011⁵⁴, em tramitação na Câmara dos Deputados, que “dispõe sobre o Programa de Conscientização sobre “Consumo Sustentável” e dá outras providências”.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM NETTO, J. Manoel de Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, ano 92, v.815 – setembro/2003, p.19/20.

AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,p.78.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.347-348.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**. Belém: Cejup, 1988.

BIANCA, C, Massimo. **Direito civile 3, Il contratto**. Milano: Giuffré, 2000.p.30.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípio e regras de interpretação dos contratos no novo código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p.63. 2007.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 571/2011**. Brasília, DF. 23 fev. 2011. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844007&filename=PL+537/2011>. Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1º abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.079, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 set. 2015. Edição Extra. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 1º abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 1º abr. 2015.

⁵⁴ Íntegra disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844007&filename=PL+537/2011>. Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Indicadores de Desenvolvimento Brasileiro**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/indicadores_de_desenvolvimento.pdf>. Acesso em 1º abr. 2015.

BRUGI, Biagio. **Instituciones de Derecho Civil**. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.30.

COSSÍO, Alfonso de. **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid : Alianza Editorial S/A, 1975.

DÍEZ PICALO, Luiz & GULLÓN, Antônio. **Sistema de Derecho Civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado: Contém notas à Licc**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.363.

DUGUIT, León. **Las Transformaciones del Derecho (publico y privado)**. Buenos Aires: Editorial Helialista SRL, /s.d./.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O Destino do Contrato**. Revista do Advogado, Ano III, n.9. São Paulo: AASP, 1982.

FIUZA, César. **Direito Civil, Curso Completo**. 16ª Ed.. Belo Horizonte: Del Rey. 2013, P.119 e 121.

FROTA. Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Ed. Juruá, 2011, p.143-145.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. rev. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. rev. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 48.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch y Cia-Editores, 1950.

KENNEDY, John F. **Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest** . [S.l.], 15 mar 1962. Disponível em <www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acesso em: 6 abr. 2015.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandon e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUCMG, 2006. v.1, p.105-118.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MIRAGEM, Bruno. **Curso Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39/45.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitaríssimo**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 30(1): pág. 169-190, 2007

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.99.

UNITED NATIONS. **A/RES/39/248**. [S.l.], 1985. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.390.

VENTURA, Rodrigo. **Mudanças no Perfil do Consumo no Brasil: Principais Tendências nos Próximos 20 Anos**. [S.l.], 2010. Disponível em: <www.macroplan.com.br/Documentos/ArtigoMacroplan2010817182941.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

VILLEY, Michel. **En torno al contrato, la propiedad y la obligación**. Buenos Aires: Gherzi, 1980.

WALD, Arnoldo. **O Contrato: Passado, Presente e Futuro**. Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, nº8, 2000. p.44.