

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

**OS CONTRATOS DE ADESÃO COMO OBJETO DO
DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

TANARA CRISTIANE NOGUEIRA

Balneário Camboriú (SC), julho de 2005

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

**OS CONTRATOS DE ADESÃO COMO OBJETO DO
DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

TANARA CRISTIANE NOGUEIRA

Dissertação submetida à Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, para a obtenção
do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Borges de Oliveira

Balneário Camboriú (SC), julho de 2005

Meus Agradecimentos:

A Deus, por ter-me permitido chegar até
aqui;

À minha família, cujo amor me deu forças e
me amparou nesta jornada;

Aos meus professores e colegas, que
compartilharam comigo este ideal;

Aos meus amigos, pela compreensão e
companheirismo.

Este trabalho dedico:

Aos meus pais, Pedro Jaime e Maria Neli;
ao meu irmão, Yasser André; e à minha avó
Delfina.

“A única atitude criadora em face da vida, é a do homem que se apega a uma idéia ou causa superior, idéia ou causa que lhe absorva todas energias do cérebro, do coração, dos braços. Que seja um obreiro de alguma forma. Que ponha seu talento a serviço de alguma coisa de importância indiscutível. Que encontre, vale dizer, sua vocação na vida e, quanto às dificuldades intelectuais, elas se resolvem amiúde no instante em que o indivíduo se põe a trabalhar para cumprir um dever ou realizar na vida, um ideal”.

[John A. Mackay]

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A ser fornecida pela Secretaria do CPCJ.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, o Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), 31 de julho de 2005.

Tanara Cristiane Nogueira
Mestranda

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Antinomia(s):

É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular¹.

Antinomia(s) de Segundo Grau:

Conflito entre os critérios de resolução de Antinomias².

Autonomia da Vontade:

Diz respeito à capacidade do indivíduo de autodeterminar-se, o que significa não ser determinado por outros, ou não depender dos outros para as próprias decisões, ou determinar-se sem ser, por sua vez determinado³.

Constitucionalização do Direito Civil:

Processo de elevação ao plano constitucional de Princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais da legislação infraconstitucional⁴.

Consumidor(es):

Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final⁵.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998, 108p, p. 19.

² DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998, 108p, p. 49.

³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, 96p, p. 51. Título do original: *Eguaglianza e libertà*.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 21 set. 2004.

⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990. Suplemento. Artigo 2º.

Contrato(s):

É a regulação de condutas interagindo, mas também a consequência dos processos econômicos da produção, circulação, distribuição e comercialização, sem os quais não existiria⁶.

Contrato(s) de Adesão:

Método de contratação no qual se oferece o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, o qual simplesmente adere à vontade manifestada no instrumento contratual⁷.

Contrato(s) de Massa:

Forma(s) contratual(is) surgida(s) na sociedade de consumo na(s) qual(is) se utiliza(m) técnicas para conclusão e disciplina, tais como Contratos de Adesão, condições gerais dos Contratos ou cláusulas gerais contratuais e Contratos do comércio eletrônico com Consumidores⁸.

Diálogo das Fontes:

Expressão que designa uma proposta de coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência, mudando o paradigma de simplesmente retirar uma das normas em conflito do sistema jurídico para o paradigma de convivência destas normas, para alcançar a sua razão, a finalidade encontrada em ambas⁹.

⁶ GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. Tradutor: Ben-Hur Rava. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 249-257, p. 256, jul./set 2004.

⁷ MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1120p, p. 64.

⁸ MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 52-53.

⁹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 896p, p. 26.

Diálogo Sistemático de Coerência:

Diálogo entre duas leis segundo o qual uma pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, incompleto materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade¹⁰.

Diálogo Sistemático de Complementariedade e Subsidiariedade:

Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus Princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente¹¹.

Diálogo Sistemático de Coordenação e Adaptação:

Este tipo de Diálogo consiste em um Diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, ou como no caso da possível transposição das decisões judiciais alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um Diálogo de *double sens*¹².

Fornecedor(es):

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set 2004, p. 60.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**, jul./set 2004, p. 60.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**, jul-set 2004, p. 60-61.

produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços¹³.

Função Social da Propriedade:

Princípio segundo o qual o proprietário tem o direito de usar, de usufruir, de dispor e de proteger sua propriedade, mas tem o dever de utilizá-la em prol do bem-estar da sociedade¹⁴.

Função Social do Estado Contemporâneo:

Fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o bem comum ou interesse coletivo, e, principalmente, com a dignidade do ser humano¹⁵.

Princípio(s):

Faz(em) referência à justiça e à equidade, dando razões para decidir em um determinado sentido. O conteúdo material do Princípio é o que determina quando se deve aplicar em uma situação determinada.¹⁶

Princípio da Boa-Fé Objetiva:

Princípio segundo o qual os contratantes devem agir com lealdade e correção, seguindo uma regra de conduta pautada em ideais de honestidade e lealdade, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro¹⁷.

¹³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990. Suplemento. Artigo 3º.

¹⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, 180p, p. 104-105.

¹⁵ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Diploma Legal, 2003, 128p, p. 93.

¹⁶ CALSAMIGILIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1999, prólogo, p. 7-29.

¹⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 180p, p. 72. (Biblioteca de direito do Consumidor, 17)

Princípio da Boa-Fé Subjetiva:

Princípio segundo o qual devem os contratantes agir de forma correta antes, durante e depois do Contrato e que importa no exame do elemento subjetivo em cada Contrato, ao lado da conduta objetiva das partes.

Princípio(s) Constitucional (is):

Princípio(s) estatuído(s) na Constituição e que, posto(s) no ponto mais alto da escala normativa, torna(m)-se norma(s) suprema(s) do ordenamento, servindo de pauta ou critério para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais¹⁸.

Princípio da Equivalência Material:

Princípio segundo o qual se busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no Contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses.

Princípio da Força Obrigatória dos Contratos:

Princípio segundo o qual o Contrato, por decorrer de um acordo de vontades, considera-se justo e, conseqüentemente, intangível, devendo ser executado, custe o que custar, de acordo com a intenção das partes, ressalvados tão-somente os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito¹⁹.

Princípio da Função Social do Contrato:

Princípio segundo o qual os interesses individuais dos contratantes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 223p, p. 166.

¹⁹ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos Contratos e o código civil. *In*: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-94, p. 83.

apresentem, pois se entende que qualquer Contrato repercute no ambiente social²⁰.

Princípio da Igualdade Formal:

Desdobramento do Princípio da Igualdade que diz respeito a que todos os homens são iguais perante a lei²¹.

Princípio da Igualdade Material:

Desdobramento do Princípio da Igualdade que diz respeito a que os homens sejam considerados com suas desigualdades, de modo que tratando igualmente aqueles que são iguais e, de forma desigual, aqueles que são desiguais, naqueles aspectos em que estão desiguados, possam adquirir a igualdade respeitando-se as suas particularidades²².

Princípio da Liberdade Contratual:

Princípio que consiste no poder de auto-regular os próprios interesses, no âmbito do direito contratual²³.

Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais:

Princípio segundo o qual os efeitos do Contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

Relação de Consumo:

Vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição, pelo Consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao Fornecedor²⁴.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Porto Alegre, a. 53, n. 329, p. 9-19, mar. 2005, p. 13.

²¹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 94p, p. 21.

²² VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da igualdade,** 2003, 94p, p. 22.

²³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor,** 2001, p. 56.

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, 86p, p. 5.

SUMÁRIO

RESUMO	xvii
ABSTRACT	xviii
INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1	7
GÊNESE E CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO	7
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO APARECIMENTO DO CONTRATO DE ADESÃO..7	7
1.1.1 A revolução industrial	7
1.1.2 O capitalismo	11
1.1.3 A globalização.....	14
1.1.4 A massificação da produção, da oferta e do consumo de bens e serviços.....	16
1.1.5 A contratação padronizada.....	18
1.2 CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO	21
1.2.1 Terminologia e conceituação.....	22
1.2.2 Características.....	26
1.2.3 Distinções.....	29
1.2.3.1 Contrato-tipo	30
1.2.3.2 Condições gerais dos Contratos.....	31
1.2.3.3 Convenção coletiva de trabalho	32
Capítulo 2	40
A INTERVENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA ATIVIDADE ECONÔMICA	40
2.1 O ESTADO LIBERAL.....	40
2.1.1 O iluminismo e o Direito natural Moderno	40

2.1.2 O liberalismo.....	46
2.2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO	53
2.2.1 A intervenção do Estado na atividade econômica	56
2.2.2 Função Social do Estado Contemporâneo: Igualdade Material e justiça social.....	57
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	61
2.3.1 A Constitucionalização do Direito Civil	61
2.3.2 A atividade econômica segundo a CRFB/88	63
2.3.2.1 As bases da atividade econômica: a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.....	64
2.3.2.2 Os Princípios gerais	65
Capítulo 3	71
A TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL	71
3.1 A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA, SEGUNDO A AUTONOMIA DA VONTADE	71
3.1.1 Princípio da Liberdade Contratual.....	76
3.1.2 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos.....	77
3.1.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais	79
3.1.4 teoria dos vícios do consentimento	79
3.2 PARADIGMAS DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA	80
3.2.1 A Função Social do Contrato	82
3.2.2 O Princípio da Boa-Fé.....	85
3.2.2.1Boa-Fé Subjetiva e Boa-Fé Objetiva	85
3.2.2.2 Funções do Princípio da Boa-Fé Objetiva.....	87
3.2.3 O Princípio de Equivalência Material.....	91

3.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL SEGUNDO A TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA	94
3.3.1 O Código de Defesa do Consumidor.....	94
3.3.2 O Código Civil de 2002.....	97
Capítulo 4	100
OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O “DIÁLOGO DAS FONTES”	100
4.1 OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL	100
4.1.1 O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor	100
4.1.2 Os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002	105
4.1.3 Antinomia aparente entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002	108
4.1.4 Âmbito de aplicação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, segundo os conceitos de Consumidor e Fornecedor	114
4.1.5 Âmbito de aplicação dos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.....	121
4.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONJUNTA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	125
4.2.1 O Diálogo das Fontes.....	125
4.2.2 Diálogos possíveis entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.....	130
4.2.2.1 Diálogo Sistemático de Coerência	130
4.2.2.2 Diálogo Sistemático de Complementariedade e Subsidiariedade.....	134
4.2.2.3 Diálogo Sistemático de Coordenação e Adaptação.....	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	146

RESUMO

O objeto deste trabalho é o estudo do Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, aplicado aos Contratos de Adesão. No primeiro capítulo, são estudados o contexto histórico do aparecimento do Contrato de Adesão e sua terminologia, conceituação e características, diferenciando-o de figuras similares. O segundo capítulo trata da intervenção do Estado Contemporâneo na atividade econômica, fazendo-se um contraponto com o Estado Liberal, e verificando que hoje o Estado tem uma Função Social. São analisados os Princípios gerais da atividade econômica da CRFB/88, como decorrentes do processo de Constitucionalização do Direito Civil. O terceiro capítulo dedica-se à teoria contratual contemporânea e seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, demonstrando que a teoria clássica pautava-se pela Autonomia da Vontade, enquanto que a atual orienta-se pelos Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material. O último capítulo volta-se ao estudo sobre o Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 na aplicação aos Contratos de Adesão. Depois do estudo dos artigos que regem os Contratos de Adesão, é analisada a existência de Antinomias entre as duas leis e o âmbito de aplicação de cada uma delas. Verifica-se, por fim, a possibilidade de aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão por meio de três Diálogos entre estas Fontes.

RESUMEN

El objeto principal de este trabajo se podría definir como el estudio del Diálogo entre el Código de Defensa del Consumidor y el Código Civil del año 2002, el cual es aplicado a los Contratos de Adhesión. En el primer capítulo, el contenido se refiere al contexto histórico de la aparición del Contrato de Adhesión y su correspondiente terminología; la conceptualización y sus características, diferenciando el mismo de figuras similares. En el segundo capítulo, el contenido versa sobre la intervención del Estado Contemporáneo en la actividad económica y de esta manera se determina una contraposición con el Estado Liberal y además de esto se hace una verificación de que en la actualidad el Estado posee una función social determinada. Son analizados también los principios generales de la actividad económica de la CRFB/88, como emergentes del proceso de constitucionalización del Derecho Civil. En el tercer capítulo, el contenido está dedicado a la teoría contractual contemporánea y su repercusión en el Código de Defensa del Consumidor y en el Código Civil del año 2002, demostrando de esta manera, que la teoría clásica era pautada por la Autonomía de la Voluntad; mientras tanto que la actual está orientada por los Principios de la Función Social del Contrato, por la Buena Fe Objetiva y por la Equivalencia Material. El último capítulo trata sobre el estudio del Diálogo entre el Código de Defensa del Consumidor y el Código Civil del año 2002, en la aplicación a los Contratos de Adhesión. Después del estudio de los artículos que rigen los Contratos de Adhesión, es analizada la existencia de antinomias entre ambas leyes y el ámbito de aplicación de cada una de ellas. Se verifica, por último, la posibilidad de aplicación conjunta del Código de Defensa del Consumidor y del Código Civil del año 2002 a los Contratos de Adhesión, por medio de tres Diálogos entre estas fuentes.

INTRODUÇÃO²⁵

A presente Dissertação²⁶ tem como **objeto**²⁷ o estudo sobre o Diálogo das Fontes, entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, aplicado aos Contratos de Adesão.

O **objetivo institucional**²⁸ da **pesquisa**²⁹ é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**³⁰ do trabalho é estudar o Contrato de Adesão como objeto do Diálogo das Fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

São **objetivos específicos**³¹ da pesquisa, cujo

²⁵ Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. Ver. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, especialmente à p. 178.

²⁶ Dissertação é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* no nível de Mestrado (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 170).

²⁷ É motivo temático determinador da realização da investigação (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 170).

²⁸ PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 161.

²⁹ Atividade investigatória, conduzida conforme padrões metodológicos, buscando a obtenção da cultura geral ou específica de uma determinada área, e na qual são vivenciadas cinco fases: decisão, investigação, tratamento dos dados colhidos, relatório e avaliação (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 77).

³⁰ Meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 162).

³¹ PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 162.

cumprimento será distribuído pelos capítulos da seguinte forma: analisar o contexto histórico do aparecimento dos Contratos de Adesão, caracterizá-lo, conceituá-lo, distingui-lo e definir sua natureza jurídica; verificar sobre a intervenção do Estado Contemporâneo na atividade econômica, a partir de estudo sobre o Estado Liberal, indagando sobre a atividade econômica tal como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; avaliar as mudanças ocorridas na teoria contratual, quais os antigos e os novos Princípios que orientam a matéria e o reflexo destas transformações no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil; e, finalmente, estudar os Contratos de Adesão tal como previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, verificar a existência de Antinomias entre as leis, delimitar o âmbito de aplicação de cada lei e analisar a possibilidade de aplicação de ambas aos Contratos de Adesão.

A **delimitação do tema**³² proposto nesta Dissertação se dá pelo **referente**³³ da pesquisa, qual seja: a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão.

A idéia que anima o trabalho é a de harmonização das normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 que se referem ao Contrato de Adesão.

O Contrato de Adesão está presente em boa parte das formas de negociação praticadas cotidianamente, desde Relações de

³² Delimitar o tema é apresentar o Referente para a pesquisa, tecendo objetivas considerações quanto às razões da escolha deste Referente; especificar, em destaque, a delimitação da temática e/ou marco teórico, apresentando as devidas Justificativas, bem como fundamentar objetivamente a validade da Pesquisa ser efetuada (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 160).

³³ Referente é a explicitação prévia do motivo, do objetivo e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 62).

Consumo até relações firmadas entre duas empresas ou dois profissionais. Com o advento da Lei n.º 10.406, de 11 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, onde estão presentes normas acerca do Contrato de Adesão, matéria que já havia sido prevista pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispôs sobre a proteção do consumidor, surgiu o questionamento sobre a aplicabilidade de tais normas e se há Antinomia entre elas.

Saber quais as normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aplicáveis aos Contratos de Adesão e de que forma elas podem se relacionar mostra-se como uma tarefa de interesse tanto do intérprete do Direito como do próprio indivíduo envolvido em um Contrato com esta característica.

O tema será desenvolvido na **linha de pesquisa** Teoria Geral do Direito, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo³⁴.

Os **problemas** que de início se apresentam são:

- a) Por que o Estado intervém nos Contratos de Adesão?
- b) Quais os Princípios que orientam a teoria contratual? O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 refletem estes Princípios?
- c) Qual o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002? Há Antinomias entre estas leis? É possível a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão?

Diante de tais problemas, levantam-se as seguintes

³⁴ Circunscrição temática dentro da qual atuam cientificamente os cursos de pós-graduação (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 135, nota de rodapé nº 72).

hipóteses:

a) O Estado Contemporâneo intervém nas contratações por Adesão como cumprimento de sua Função Social, buscando a realização de justiça social;

b) Os Princípios que orientam a teoria contratual contemporânea são o da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, cujos reflexos são percebidos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002;

c) Mesmo que o âmbito de aplicação das leis seja distinto e que aparentemente existam Antinomias entre elas, seria possível que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 fossem aplicados conjuntamente aos Contratos de Adesão.

O trabalho foi dividido em quatro **capítulos**. No primeiro tratar-se-á do Contrato de Adesão, sua gênese e caracterização. Buscar-se-á encontrar sua origem, pesquisando desde o advento da revolução industrial até o atual fenômeno da globalização, destacando-se o papel da publicidade e a massificação na produção, oferta e consumo de bens e serviços. Após, far-se-á a caracterização do Contrato de Adesão, fazendo-se um apanhado na doutrina sobre sua nomenclatura, suas características, distinguindo-o de figuras semelhantes, e analisando sua natureza jurídica.

O segundo capítulo versará sobre a intervenção do Estado Contemporâneo na atividade econômica. Primeiramente, estudar-se-á o Estado Liberal, seus fundamentos e pressupostos, destacando-se a doutrina do liberalismo. Em seguida, anotar-se-á a evolução do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo, verificando-se que este, ao contrário daquele, intervém na atividade econômica. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão presentes os Princípios gerais que deverão ser seguidos na atividade econômica, os quais serão analisados.

Na terceira parte, analisar-se-á a teoria contratual contemporânea e seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Antes, far-se-á um contraponto com a teoria contratual clássica, a qual pautava-se pela Autonomia da Vontade, para se chegar ao momento de sua relativização, com a aplicação hodierna dos Princípios de Função Social do Contrato, de Boa-Fé Objetiva e de Equivalência Material. Verificar-se-á, então, em breves linhas, como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 refletem esta nova postura da teoria contratual.

O último capítulo tratará da possibilidade de Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 no que se refere aos Contratos de Adesão. Inicialmente, far-se-á um estudo sobre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002, analisando-se a existência de Antinomias entre eles. Verificar-se-á, então, qual o âmbito de aplicação de cada lei, e se há a probabilidade de Diálogo entre elas. Estudar-se-á o chamado Diálogo das Fontes, identificando os Diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 no que se refere aos Contratos de Adesão.

O presente relatório se encerrará com as Considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões acerca do Diálogo das Fontes do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão.

Quanto à **metodologia**³⁵ empregada, registra-se que tanto na fase de investigação quanto no relatório dos resultados, expressos

³⁵ Postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos nos trabalho investigatório e que requerem compatibilidade com o objeto e com o objetivo (PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 69).

na presente Dissertação, adotou-se o método indutivo³⁶, operacionalizado com as técnicas³⁷ do referente, da categoria³⁸, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. Ressalta-se que houve pesquisa efetuada por meio da Internet. A respeito desta fonte de pesquisas, destaca-se que os *sites* pesquisados serão indicados entre <...>, com as datas das respectivas consultas.

É conveniente ressaltar que, embora se fale em Contratos de Adesão, não será preocupação da presente pesquisa identificar Contratos elaborados de acordo com esta técnica. Também, apesar de se pesquisar o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 não será feito o estudo sobre o processo de criação destas leis, tão-somente verificar-se-á se estão em acordo com a teoria contratual contemporânea.

Cabe, por fim, assinalar que as categorias serão identificadas no decorrer do texto com a letra inicial maiúscula. Porém, certas palavras, tais como Estado, Sociedade, Direito etc., por sua tradição, serão escritas também com a inicial maiúscula, embora não sejam categorias da presente pesquisa.

³⁶ A utilização deste método procura demarcar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, 243p, p. 110).

³⁷ Técnica é um conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionadas em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito, 2002, p. 107).

³⁸ Consta no pré-texto um rol das categorias, com seus conceitos operacionais, e que serão apresentados no decorrer do trabalho sempre com a letra inicial maiúscula. Esclarece-se que palavras tais como Direito, Estado e Sociedade serão grafadas com inicial maiúscula em respeito à tradição jurídica, não obstante não serem categorias.

Capítulo 1

GÊNESE E CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO APARECIMENTO DO CONTRATO DE ADESÃO

O Contrato de Adesão teve sua gênese num contexto histórico caracterizado por profundas transformações sociais e econômicas que vem ocorrendo desde o surgimento das economias capitalistas e o advento da revolução industrial, até o fenômeno da globalização.

1.1.1 A revolução industrial

No começo do século XVIII, ainda predominava, na Inglaterra, uma forma rudimentar de subsistência. Porém, em meados deste mesmo século, iniciou-se a chamada revolução industrial. Hobsbawn³⁹ explica este surgimento:

O que significa a frase 'a revolução industrial explodiu'? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a 'partida para o crescimento auto-sustentável'. (...) A partir da metade do século XVIII, o processo de acumulação de velocidade para a partida é tão nítido que historiadores mais velhos tenderam a datar a revolução industrial de 1760. Mas uma investigação cuidadosa levou a maioria dos estudiosos a localizar como decisiva a década de 1780 e não a de 1760, pois foi então que, até onde se pode

³⁹ HOBSEBAWN, Eric J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. 12. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, 343p, p. 44. Título do original: *The Age of Revolution: Europe 1789-1848*.

distinguir, todos os índices estatísticos relevantes deram uma guinada repentina, brusca e quase vertical para a 'partida'. A economia, por assim dizer, voava.

Com a introdução de novas técnicas de cultivo e com a utilização de máquinas, o modo primitivo de colher, pescar e caçar para subsistir passou por uma verdadeira revolução agrícola. Capella⁴⁰ ensina que com a "introdução de máquinas crescentemente complexas, movidas por moinhos hidráulicos ou mediante energia animal, a produtividade se elevou notavelmente".

A partir das transformações na agricultura desenvolveu-se uma nova economia, uma nova cultura, modificou-se a estrutura familiar, a política e a vida. Nas palavras de Amarante⁴¹,

da civilização agrícola irrompe uma outra civilização estranhamente poderosa e energicamente arrebatadora, fruto da revolução industrial, criadora de um sistema social de imenso poder que verdadeiramente vem atingir todas as feições da vida humana e do passado agrícola.

As primeiras fábricas surgiram quando alguns empresários, que possuíam a matéria-prima, as máquinas e os recursos necessários para os salários e o transporte de mercadorias, passaram a emprestar máquinas aos artesãos, reunindo máquinas e trabalhadores num único local⁴².

A atividade têxtil foi a que mais atraiu banqueiros e mercadores, devido ao crescimento do comércio, tanto interno como ultramarino. As guerras religiosas também são apontadas como um importante estimulador para a produção, pois os exércitos necessitavam de

⁴⁰ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Tradutor: Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 288p, p. 95.

⁴¹ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 5.

⁴² RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 95.

armamento, de vestuário, de calçado, de meios de transporte⁴³.

A revolução industrial tornou-se possível graças também à utilização do motor a vapor, inventado no início do século XVIII. Os motores a vapor exerceram papel fundamental no desenvolvimento dos transportes, tanto marítimo (na construção de navios a vapor, destinados a substituir as embarcações à vela) quanto terrestre (na construção de ferrovias). O combustível utilizado nesse tipo de motor era o carvão, matéria-prima presente abundantemente na Inglaterra⁴⁴.

Outros dois fatores são apontados como essenciais para a eclosão da revolução industrial: a acumulação de meios financeiros (capital) e a existência de mão-de-obra disponível. Capella⁴⁵ entende os dois primeiros fatores como mercados: o primeiro, um mercado de terras, o segundo, um mercado de força de trabalho:

Constituiu-se mais tarde, um mercado de terras. Estas, no sistema feudal, não eram alienadas à vontade, pois ao senhor feudal implicava a jurisdição e o domínio político sobre quem habitava as terras, os quais não podiam abandoná-las. (...) foi necessário que aparecessem, ao lado dos serviços (feudais), os parceiros e arrendatários, de cuja estirpe - junto aos aristocratas, finalmente, com ou sem grandes movimentos expropriatórios - procedem os proprietários modernos. (...) E para que finalmente surgisse o mercado decisivo, o mercado de força de trabalho, quer dizer, o mercado em que as pessoas vendem a um empregador sua capacidade para trabalhar, multidões de famílias de servos houveram de ser expulsas, por parceiros, arrendatários e proprietários, dos campos que vinham trabalhando imemorialmente para se autoabastecer; foi necessária a formação de uma massa de

⁴³ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 95.

⁴⁴ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 5-6.

⁴⁵ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 94-95.

seres humanos vagabundos e mendigos, sem terras, que dependesse, para subsistir, da venda de sua própria capacidade para o trabalho por um tempo determinado.

A concentração de capital fez surgir duas grandes classes sociais: a dos trabalhadores, que dispunham somente de sua força de trabalho, e a dos detentores dos meios de produção, dos banqueiros, dos grandes comerciantes e dos grandes proprietários de terras. A revolução industrial trouxe nova significação às classes burguesa e proletária, pois,

as transformações dessa estrutura social, ou seja, da forma da propriedade e da divisão do trabalho, dá origem à forma da propriedade que conhecemos: a propriedade privada capitalista. Aqui a divisão social do trabalho alcança seu ápice: de um lado, os proprietários privados do capital (portanto dos meios, condições e instrumentos da produção e da distribuição), que são também os proprietários do produto do trabalho, e, de outro lado, a massa dos assalariados ou dos trabalhadores despossuídos, que dispõem exclusivamente de sua força de trabalho, que vendem como mercadoria ao proprietário do capital⁴⁶.

A partir da primeira revolução industrial eliminou-se a produção direta dos meios de vida pessoal e familiar, generalizando-se o produzir para intercambiar. O dinheiro tornou-se o equivalente geral e, deste momento em diante, para ter acesso aos meios de vida, é preciso comprar com dinheiro. No entendimento de Amarante⁴⁷,

a revolução industrial trouxe a obsessão do dinheiro, das mercadorias e das coisas, reduziu as relações humanas a frios termos econômicos, firmou dependência dos homens ao mercado para as necessidades da vida e fez surgir uma civilização com base em elos contratuais. O industrialismo veio desenhando ocultamente não só a padronização de produtos, máquinas, imagens, processos, como também a

⁴⁶ CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** 39. ed. São Paulo, Brasiliense, 1996, 127p. (Primeiros Passos, 13)

⁴⁷ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 7.

especialização do trabalho que, cuidadosamente, passou a ser organizado quanto ao tempo. No sistema de mercado, o tempo significa dinheiro.

Os produtos manufaturados passaram a ser produzidos em série, ou seja, em uma seqüência de operações, cada uma delas efetuada por determinada máquina e controlada por um operário, cujo trabalho limitava-se a seguir operações simples e repetitivas. Agora, o operário não mais participava de todo o processo produtivo da fabricação de manufaturados: realizava apenas uma parte da produção.

A complexidade das sociedades industriais encaminhou à invenção de novas técnicas, à padronização de tecnologias, à sincronização de operadores, à criação de especializações e à concentração de capital, energia e pessoas.

A revolução industrial é considerada a transformação mais profunda da história da humanidade, pois, como analisa Amarante⁴⁸, originou uma sociedade inteiramente nova, fez emergir novos valores, novas tecnologias, novas relações geográficas e políticas, novos modos de comunicação, novos estilos de vida, o que demandou inovação das idéias, bem exigindo novas classificações e novos conceitos.

1.1.2 O capitalismo

Tanto a indústria como as empresas comerciais precisavam de crescentes somas de dinheiro para seus negócios. Para fazer frente às necessidades financeiras causadas pela revolução industrial, outro importante setor econômico se expandiu: o dos bancos, bolsas de valores, companhias de seguros etc.

A partir de 1850 surgiram na Inglaterra os grandes bancos

⁴⁸ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, 150p, p. 4.

e estabelecimentos de crédito, cada vez mais especializados em depósitos, negócios e descontos, enquanto se ampliava a circulação monetária. A nobreza rural, que havia dominado a vida política da Europa desde a Idade Média, viu-se substituída pela aristocracia do dinheiro: industriais, banqueiros, financistas, grandes comerciantes.

O capitalismo pode ser considerado um modelo econômico que se baseia na liberdade dos agentes produtivos, na propriedade privada e na abstenção do Estado na atividade econômica dos particulares. Os mercados devem ser livres, regulados somente por suas próprias normas, dentre as quais a principal é a lei da oferta e da procura. Na explicação de Garcia Júnior⁴⁹,

no sistema capitalista, baseado sobremaneira no *laissez-faire laissez-passer*, tudo é possível, economicamente. As partes, liberadas das amarras das corporações feudais, podem o que querem. (...) A lei da oferta e da procura permeia as relações no novo sistema.

Na visão de Capella⁵⁰, o capitalismo baseia-se em dois axiomas básicos: tudo pode ser mercadoria e toda mercadoria há de ter uma voz para aceitar ou rechaçar o intercâmbio:

tudo pode ser mercadoria: este axioma alude à ubiquidade da forma mercadoria; ao feito de que em um universo no qual quem produz as coisas ou as prestações não o fazem para servir-se diretamente delas, senão para trocá-las por uma mercadoria universal de troca, chamada dinheiro, com que comprar as que precisam, todos os bens tendem a assumir esta *forma*, esta maneira de ser vistos. Tudo pode ser apresentado ante os demais como uma mercadoria à venda. (...) *Toda mercadoria há de ter uma voz*. Para que possa ter

⁴⁹ GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: uma nova concepção. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 31-58, p. 34.

⁵⁰ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 132.

lugar ao intercâmbio de qualquer bem é necessário que esse intercâmbio seja objeto de um *acordo*. Cada mercadoria *há de ter uma voz*, e só uma, que decide em cada caso se se há de intercambiar ou não.

Dantas⁵¹ afirma que quando nasce o capitalismo como sistema econômico dominante, o Estado afasta-se da função de agente regulador e coordenador e é substituído pelo mercado. Sua única função permanece sendo a de salvaguardar o quadro da atividade econômica, a livre empresa e termos de comércio favoráveis.

A concorrência entre as empresas tornou-se acirrada. Todavia, apenas as empresas mais ricas puderam obter dos bancos o capital necessário à modernização do sistema produtivo e desfrutar das novas tecnologias.

Estas empresas conseguiram auferir lucros imensos e eliminar do mercado as empresas menores e menos competitivas e estreitaram seus vínculos com o Estado. Passaram, também a operar em numerosos países ao mesmo tempo. Surgiu uma nova fase do capitalismo, assim explicada por Capella⁵²:

o capitalismo deixou de ser autenticamente concorrencial, ao menos nos mercados mais significativos, e começou a *organizar-se*. A segunda metade do século XIX havia contemplado o surgimento de empresas gigantes em boa medida "anônimas" – por exemplo, as ferrovias – que exigiam grande desembolso de capital, e tendentes por isso ao monopólio. Mas ademais os novos descobrimentos científicos e técnicos davam origem a ramos industriais novos que nasciam como monopólios de fato quase desde o Princípio.

Estas empresas gigantes passaram a exportar capital. Os

⁵¹ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: Globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2004, 164p, p. 117.

⁵² RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p.159.

empresários capitalistas julgaram mais conveniente investir parte de seus lucros no exterior em países menos desenvolvidos, onde se encontrava mão-de-obra mais barata, em vez de importar a matéria-prima e transformá-la em produtos em seus próprios países.

A economia integrou o mundo e surgiu um fenômeno que tem sido denominado de globalização.

1.1.3 A globalização

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma nova fase do capitalismo. O mundo integrou-se mais intensamente em termos econômicos e o processo de internacionalização do capital afirmou-se em definitivo. A economia mundial passou a estar, substancialmente, nas mãos das grandes multinacionais, poderosas empresas que mantêm sede e atividades em muitas nações.

Segundo Pereira⁵³, a globalização é um fenômeno econômico e tecnológico que

envolve a organização da produção em nível mundial e ao aumento da interdependência e da competição entre os países, na medida em que o custo dos transportes e principalmente das comunicações diminuiu de forma dramática nesses últimos anos. Através da globalização, os mercados ampliaram seu escopo: há muito já eram 'internacionais', envolvendo o comércio de bens entre países; passaram agora a ser 'globais', ao envolver a reorganização da produção e das finanças em nível mundial.

Afirma Capella⁵⁴ que nesta fase do capitalismo os

⁵³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: _____. Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Lourdes Sola (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 67-80, p. 77.

⁵⁴ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 240/241.

vínculos entre os Estados e as empresas multinacionais tornaram-se cada vez mais estreitos:

as companhias transnacionais, estruturas gigantescas de recursos humanos e materiais surgidas com o crescimento econômico (...) Dispunham de grande poder econômico e social, e foram apoiadas politicamente por governos de direita nos Estados Unidos, Japão, Reino Unido e Alemanha, principalmente, isto é, pelos governos metropolitanos mais importantes. (...) O capital não conhece pátria.

A partir da segunda metade do século XX, esta integração econômica mundial tornou-se um fenômeno a que foi dado o nome de globalização. Porém, segundo Vieira⁵⁵, a globalização trouxe sérias conseqüências, pois:

os locais de poder onde se tomam decisões políticas que afetam os Estados nacionais não coincidem mais com suas fronteiras territoriais. As decisões são tomadas globalmente, deixando sem margem de manobra os governos nacionais, cuja capacidade de controlar e regular seus assuntos domésticos ficou extremamente debilitada com a intensidade dos fluxos transnacionais – comércio, capital, tecnologia, informação, cultura etc. – que atravessam com facilidade as fronteiras nacionais.

É uma preocupação atual o fato de a globalização estar afetando profundamente a autonomia dos Estados individuais, impondo restrições severas à capacidade tradicional de integração social e nacional.^{56 57 58}

⁵⁵ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na Globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, 405p, p. 98.

⁵⁶ Há, efetivamente, um novo poder que impõe aos Estados determinadas políticas, sobretudo na configuração do âmbito econômico; esse poder possui um caráter supra-estatal (RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 258).

⁵⁷ Diante das novas condições de internacionalização da produção, do comércio e das finanças, tornam-se evidentes as restrições que seu funcionamento e suas forças

1.1.4 A massificação da produção, da oferta e do consumo de bens e serviços

Neste quadro evolutivo, desde o advento da revolução industrial e o aparecimento das economias capitalistas, até a globalização, a produção, a oferta de bens e serviços e o consumo destes, tornaram-se massificados.

A revolução industrial liberou o poder de produção e deu possibilidade às economias de fornecerem, em incessante multiplicação, os bens e os serviços postos à disposição dos homens. Mas se tornou imperativo mister fazer escoar esta incessante produção. Foi preciso convencer os Consumidores a adquirirem bens e serviços além de suas reais necessidades.

Foi assim que a publicidade assumiu papel importante na economia. Já que a economia não parava de crescer, lançando quantidades cada vez maiores de produtos no mercado, as mercadorias precisavam ser vendidas, concorrer entre si, pois logo seriam substituídas por outras novas. Assim, de ingênuo sistema de anúncios, a publicidade transformou-se numa poderosa máquina de convencer, persuadir e pressionar.

dominantes impõem à soberania e às margens de autonomia dos Estados nacionais bem como a seu papel de agente do desenvolvimento econômico e garantidor da coesão e integração social e nacional (VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na Globalização, 2001, p. 93).

⁵⁸ Contudo, afirma-se que a Globalização não irá extinguir a soberania nacional e apagar o Estado do mapa-mundi, pois ele continuará existindo com funções importantes, incluindo o exercício da soberania territorial. O que se observa é a gradativa mutação de um tipo de Estado para outro, em que as noções clássicas de fronteira e de interesse nacional estão mudando sua matriz, cedendo lugar para o exercício de poder de uma ativa e mais consciente sociedade civil, a atuar simultaneamente no nível local e na esfera global (DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: Globalização & constitucionalismo, 2004, p. 127).

Miranda⁵⁹ assim analisa este processo:

a produção em massa contrapõe-se assim à produção artesanal, em que o produto era encomendado, o fabricante conhecia o Consumidor, os seus gostos e preferências, colocando à sua disposição um produto individualizado. (...) Com o advento da revolução industrial e a produção em massa, alteram-se os dados da questão, passando o fabricante (e o mesmo raciocínio procede para os prestadores de serviços), uma grande empresa industrial a produzir mercadorias em série, para uma massa indeterminada de Consumidores. Este já não adquire o produto apenas na medida de suas necessidades, mas passa a ser visado como um instrumento ao serviço das necessidades do fabricante que, através da publicidade, feita em mídia impressa, radiofônica ou televisiva, cria no seu ânimo necessidades, mais fictícias do que reais, para melhor fazer escoar a sua produção.

Há um incentivo ao consumo em massa. Não importam mais os desejos espontâneos do homem. Ele é forçado a consumir, a querer sempre coisas novas. A vida simples dos homens foi modificada, transformando-se em uma vida instável e complexa. Como analisa Amarante⁶⁰,

a grandeza do fenômeno revolucionário desorienta e surpreende com suas conseqüências brutais e imediatas. Racionaliza-se o mundo. Intelectualiza-se o mundo. Mas, desencanta-se o mundo. Sublimes valores já não contam para uma multidão incontrolável e irracionalmente dominada por uma excitação que contagia, simula astutamente na luta pela vida, na afetividade, na cultura intelectual. (...) Massificou-se o homem. Tornou-se uma porção anônima, isolada e atomizada. (...) Sem vontade para lhe servir de guia e sem individualidade para heterogeneizar sua forma de ser e desuniformizar suas

⁵⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, 256p, p. 16.

⁶⁰ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 12-13.

respostas e ações, o homem massificado vai alicerçando as suas características na obscuridade, no isolamento pessoal, na baixa afetividade e na transitoriedade.

Venosa⁶¹ acredita que, na sociedade de consumo massificado, aos homens interessam, somente, a produção e a venda do produto, e não há mais interesse na identificação de quem o consome, a não ser em caso de inadimplemento, pois

o fenômeno da massificação congrega um conjunto de muitos indivíduos anônimos. (...) Modernamente, cada vez mais o indivíduo contrata um ente despersonalizado. A figura do contratante que oferta bens e serviços às massas geralmente é desconhecida. (...) A contratação em massa apresenta-nos o Consumidor anônimo. (...) esse Consumidor permanecerá anônimo e não haverá interesse em sua identificação, a não nos casos de inadimplemento. O descumprimento também, regra geral, personificará, pelo processo escolhido de reclamação, o produtor ou o Fornecedor de serviços de massa, assim como o Consumidor.

Com a força da publicidade, o comércio tomou um ritmo alucinante e isto tornou imprescindível a agilidade nas negociações. Ademais, foi preciso reduzir, cada vez mais, os custos de produção, de modo a garantir preços mais competitivos diante da concorrência acirrada. Neste contexto é que surgiu a contratação padronizada.

1.1.5 A contratação padronizada

O Contrato, segundo Pereira⁶², é o acordo de vontades

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 658p, p. 411. (Coleção direito civil, 2)

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 3, 404p, p. 2.

com a finalidade de produzir efeitos jurídicos. Mas Gherzi⁶³ acredita que mais que uma instituição jurídica que visa a regulação de condutas interagindo, o Contrato também é a consequência dos processos econômicos da produção, circulação, distribuição e comercialização, sem os quais não existiria.

Diante de uma realidade econômica caracterizada pela comercialização em massa de bens e serviços, o modo de contratação clássica, com a discussão das cláusulas entre as partes, mostrou ser inadequada. A contratação deveria ganhar um caráter mais geral⁶⁴.

Tornou-se preciso reduzir a possibilidade de discussão do conteúdo, do tipo e do efeito dos Contratos, adotando-se métodos que pudessem atender à exigência de rapidez nas negociações e que representassem redução nos custos. Ocorreu, então, uma massificação dos Contratos, como explicam Fiúza e Roberto⁶⁵:

a massificação dos Contratos é, portanto, consequência da concentração industrial e comercial, que reduziu o número de empresas, aumentando-as em tamanho. Apesar disso, a massificação das comunicações e a crescente globalização acirraram a concorrência e o consumo, o que obrigou as empresas a racionalizar para reduzir custos e acelerar os negócios: (...).

Miranda⁶⁶ concorda que a padronização contratual teve sua gênese nas exigências impostas pelo desenvolvimento econômico trazido pela revolução industrial e pelas economias capitalistas e informa

⁶³ GHERZI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. Tradutor: Ben-Hur Rava. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 249-257, p. 256, jul./set 2004.

⁶⁴ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o novo código civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 140p, p. 56.

⁶⁵ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o novo código civil, 2002, p. 58.

⁶⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 15-16.

que ela apareceu, primeiramente, para regular serviços, tais como:

os Contratos de transporte, de que foram pioneiras as redes ferroviárias e as linhas de navegação, os Contratos de seguro, que pressupõem uma homogeneidade de riscos assumidos pelas companhias seguradoras, os Contratos bancários à medida que os respectivos estabelecimentos oferecerem, por sua vez, “produtos” e “serviços” em bases similares, diferenciando-se apenas (quantitativamente e não qualitativamente) pelas exigências da concorrências, as próprias relações laborais, caracterizadas pela rigidez e pela uniformidade das condições estabelecidas com os trabalhadores das mesmas categorias, estas no âmbito interno da empresa, ao contrário daquelas outras, que se estabelecem com a grande massa dos usuários desses serviços ou produtos.

Roque⁶⁷ ensina que a contratação padronizada parece ter surgido em meados do século passado, e foi possível através de um Contrato, tecnicamente elaborado para se constituir em um padrão, um modelo, e que se caracterizaria por ser pré-pronto, com suas cláusulas gerais pré-estabelecidas, contendo claros em que serão inseridos os dados essenciais e variáveis, como o preço, nome e qualificação das partes, datas, e outros desse tipo.

A economia atual facilitou e, ao mesmo tempo, impôs formas de contratação rápidas, seguras e com custos reduzidos, e a contratação padronizada foi o meio encontrado, pois tornou viável a contratação dirigida a um número indeterminável de pessoas. Surgiu, portanto, para agilizar o comércio, mostrando-se como um fenômeno dos tempos atuais e tendo sua função estreitamente relacionada à vida econômica e social.

⁶⁷ ROQUE, Sebastião José. **Direito contratual civil-mercantil**. São Paulo: Ícone, 1994, 176p, p. 163.

Miranda⁶⁸ salienta que a principal diferença entre os Contratos padronizados e os Contratos negociados está em que nestes, cada uma das partes discute e fixa o conteúdo do contratual, declarando uma vontade que lhe é própria, enquanto que, nos Contratos padronizados, pré-formulados pela parte contratante economicamente mais forte,

a outra parte, normalmente um indivíduo que integra uma massa anônima de pessoas, já não dispõe desse poder, porque se vê diante de um modelo contratual, dotado de força normativa, de total (ou quase) rigidez de conteúdo, limitando-se a prestar a sua adesão ao conteúdo contratual com que se defronta, se quiser contratar.

Marques⁶⁹ denomina Contratos de Massa a estas novas formas contratuais surgidas na sociedade de consumo. Para levar a cabo tal tipo de contratação foram criadas algumas técnicas de elaboração, dentre as quais destaca-se o Contrato de Adesão, cuja caracterização passa-se a fazer.

1.2 CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO

Há diferentes posicionamentos dos autores sobre o Contrato de Adesão, desde desacordos quanto à terminologia a ser utilizada até a enumeração de suas características.

⁶⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 17.

⁶⁹ Marques analisa em sua obra as seguintes técnicas para conclusão e disciplina dos Contratos de massa: Contratos de adesão, Condições gerais dos Contratos ou cláusulas gerais contratuais e Contratos do comércio eletrônico com Consumidores (MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1120p, p. 52-53).

1.2.1 Terminologia e conceituação

O Contrato de Adesão foi definido inicialmente por Raymond Saleilles no início do século XX, como esclarece Gomes⁷⁰:

a prática de predeterminar o esquema do Contrato mediante cláusulas uniformes elaboradas por uma das partes, não restando à outra senão a alternativa de aceitá-la *in totum*, foi registrada em breve apreciação crítica por Saleilles ao estudar na parte geral do Código Civil alemão a declaração de vontade. A essa espécie nova deu, à falta de melhor denominação, o nome de Contrato de Adesão, que fez fortuna.

Segundo alguns autores, haveria distinção entre Contrato de Adesão e Contrato por Adesão. O Contrato de Adesão seria o Contrato preparado pelo Poder Público ou empresa concessionária de serviço público, onde o Consumidor o aceita ou não, não havendo possibilidade de alterar cláusulas e nem mesmo de encontrar outro Fornecedor. O Consumidor só teria uma empresa para buscar o produto, não podendo fugir daquele Contrato. De regra, seriam os Contratos de fornecimento oferecidos pelas empresas detentoras de monopólio de fato ou de direito para a distribuição de determinado bem ou serviço, como, por exemplo,

⁷⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 592p, p. 120. Traduzidas, as palavras de Raymond Saleilles, escritas na obra intitulada *De la declaration de la volonté*, seriam as seguintes: "Sem dúvida, há contratos e contratos; e nós estamos longe na realidade desta unidade de tipo contratual que o direito supõe. Será bem necessário que cedo ou tarde o direito se incline diante das nuances e das divergências que as relações sociais fazem surgir. Há pretensos contratos que de contratos não têm senão o nome, e cuja construção jurídica resta por fazer; para os quais, em todo o caso, as regras de interpretação individual que devem ser descritas deveriam sofrer sem dúvidas importantes modificações; não seria que por isso se poderia chamar-se-lhes, à falta de uma (expressão) melhor, contratos de adesão, nos quais há predominância exclusiva de uma só vontade, agindo como vontade unilateral, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada e que se compromete já antecipada e unilateralmente, salva a adesão dos que queriam aceitar a lei do contrato e de se apossarem desse compromisso já assumido?" (*apud* MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 17).

energia elétrica⁷¹.

Já o Contrato por Adesão referir-se-ia a bem ou serviço distribuído por empresa que o faz em grande escala ou a um número elevado de pessoas e que, para sua agilização, o faz por intermédio de Contrato com conteúdo pré-determinado. Contudo, haveria outras empresas que poderiam fornecer o mesmo produto, como, por exemplo, os cartões de crédito. Neste caso, segundo os doutrinadores, o contratante possuiria outras opções para aquisição do produto.

Em outras palavras, o Contrato de Adesão configurar-se-ia pelo monopólio, de fato ou direito, do Fornecedor. Não havendo este monopólio, estar-se-ia diante de um Contrato por Adesão, como ensina Gomes⁷²:

é pressuposto, pois, do Contrato de Adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver Contrato por adesão, jamais Contrato de Adesão.

Porém, Miranda⁷³ salienta que, qual seja a designação

⁷¹ Todavia, entende-se que o Contrato firmado entre o usuário e as concessionárias de serviço público de fornecimento de água, luz, esgoto, gás e telefone não é Contrato nem de Adesão nem por Adesão, mas sim um Contrato Coativo, pois as partes são forçadas a contratar, uma vez que a concessionária não pode negar o serviço público e que o usuário também não pode dele prescindir. Para este Autor, o intuito contratual está praticamente desaparecido nesse negócio jurídico, pois as cláusulas são totalmente predispostas. Desta forma, "A interpretação das cláusulas e o inadimplemento, nesse caso, não podem ser vistos de forma igual aos demais Contratos, nem mesmo aos Contratos de adesão. Existe no fenômeno aparência de Contrato e não Contrato propriamente dito. Trata-se de negócio jurídico guarnecido de Normas de Direito Público. Resolvem-se as pendências levando-se em conta Princípios de Direito Público, embora parcela ponderável das cláusulas situe-se no âmbito da contratação privada e como tal deva ser encarada" (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 417).

⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 132.

⁷³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 29.

dada, esta deve ressaltar a existência de uma figura contratual que se caracteriza mais pela forma de contratar do que pelo seu conteúdo. Explica o autor que

essa expressão (Contrato de Adesão), já consagrada pelo uso, tem sido tradicionalmente utilizada para ressaltar a existência de uma figura de Contrato, que se afasta do modelo tradicional, não se podendo fazer residir a distinção apenas numa espécie de Contrato, distinta da do Contrato negociado, mas tendo de se ir mais longe para se concluir que se trata de um outra forma de contratar, que altera substancialmente a caracterização tradicional do Contrato e com ela o regime obrigacional da relação jurídica a que dá origem, a concepção da autonomia privada, os cânones da interpretação etc.

É o que entende Mandelbaum⁷⁴, para quem a questão sobre a terminologia “de” ou “por adesão” perdeu o sentido desde que se passou a adotar o vocábulo adesão em seu sentido técnico-jurídico, despidido de seus sentidos econômicos e sociológicos, como sendo a expressão “adesão” um elemento particular do consentimento, reduzindo a questão a uma situação negocial.

Os autores trazem diferentes conceitos para o Contrato de Adesão. Para Marques, Vasconcellos e Miragem⁷⁵, é

aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (Fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (Consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do Contrato escrito.

⁷⁴ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e Contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 149. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 9)

⁷⁵ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 896p, p. 714.

Já Fiúza e Roberto⁷⁶ trazem o seguinte conceito:

Contrato de Adesão é aquele que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica.

Venosa⁷⁷ entende que Contrato de Adesão é

o típico Contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o Contrato. (...) não se abre a discussão ou alteração das condições gerais dos Contratos ou das cláusulas predispostas.

Para Miranda⁷⁸, Contrato de Adesão é:

aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o Contrato (individual, singular) se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo.

O legislador brasileiro⁷⁹ adotou a terminologia Contrato de Adesão, oferecendo o seguinte conceito:

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.

⁷⁶ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o novo código civil, 2002, p. 68.

⁷⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 412.

⁷⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 27.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 1990. Artigo 54.

Percebe-se, então, que, embora exista a discussão sobre a terminologia a ser utilizada, de acordo com os conceitos de Contrato de Adesão fornecidos, denota ser ele uma forma, uma técnica de contratação, cuja característica principal é a predisposição das cláusulas contratuais por uma parte e a simples adesão a elas pela outra parte.

1.2.2 Características

Como explica Roque⁸⁰, o Contrato de Adesão tem várias características, mas nenhuma delas é isenta de exceções ou dispensa ressalvas. Todavia, elas todas em conjunto caracterizam muito bem esse tipo de Contrato e fazem dele uma peculiar criação do gênio jurídico. A característica primeira e essencial é a de que as cláusulas do Contrato são elaboradas totalmente pela parte mais forte e apresentadas à parte mais fraca. Esta o aceita ou o rejeita em bloco.

Miranda⁸¹ aponta que um Contrato de Adesão caracteriza-se, essencialmente, por ser redigido previamente, de modo geral e abstrato por apenas um dos contratantes (proponente), eliminando a fase da negociação, inexistindo a possibilidade de qualquer transigência entre as partes quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais. A outra parte apenas adere (ou não adere) ao que foi prescrito pelo proponente.

É, portanto, característica principal do Contrato de Adesão a ausência de uma fase pré-negocial, a falta de um acordo prévio sobre as cláusulas que comporão o Contrato. Há uma pré-fixação de seu conteúdo por uma parte, que deixa à outra a alternativa de aceitar ou rejeitar o Contrato, sem poder modificá-lo de maneira relevante. Afirma

⁸⁰ ROQUE, Sebastião José. **Direito contratual civil-mercantil**, 1994, p. 164-165.

⁸¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 26.

Marques⁸² que

o elemento essencial do Contrato de Adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o Contrato, não podendo modificá-lo de modo relevante.

Há doutrinadores que se posicionam no sentido de que, embora a imposição unilateral de cláusulas seja a característica marcante do Contrato de Adesão, não se poderia esquecer o fato de que, geralmente, aquele que adere a um Contrato não o faz livremente, mas obrigado por circunstâncias fáticas. Roque⁸³ fala desta obrigatoriedade da contratação por adesão:

a segunda característica é que o polícitante ocupa-se de um objeto social monopolista, de tal forma que o oblato não poderá contratar com um concorrente direto do polícitante. Se não aceitar as condições do Contrato, priva-se de um bem necessário a uma vida mais confortável. normalmente, o polícitante é uma empresa pública prestadora de serviços públicos, como água, eletricidade, gás, telefone, transporte coletivo, correios e telégrafos. Tratam-se assim de serviços de consumo obrigatório, ou seja, um serviço que não pode ser recusado; o oblato o aceita ou não o desfruta.

Fiúza e Roberto⁸⁴ destacam, além da não possibilidade de discussão ou de modificação substancial do conteúdo, outras características essenciais do Contrato de Adesão, tais como:

- a) que a totalidade ou a parte mais significativa do conteúdo seja constituída de cláusulas contratuais gerais;

⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 59.

⁸³ ROQUE, Sebastião José. **Direito contratual civil-mercantil**, 1994, p. 165-167.

⁸⁴ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o novo código civil, 2002, p. 78-79.

b) que o consentimento se dê por adesão.

Já Marques, Vasconcellos e Miragem⁸⁵ enumeram as seguintes características:

- a) a sua pré-elaboração unilateral;
- b) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais;
- c) seu modo de aceitação, em que o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Gomes⁸⁶ caracteriza o Contrato de Adesão pela:

- a) uniformidade;
- b) predeterminação;
- c) rigidez.

Mandelbaum⁸⁷ aponta como características principais:

- a) adesão em bloco;
- b) vontade sem discussão;
- c) confiança do aderente;
- d) liberdade viciada.

Examinando as características enumeradas pelos doutrinadores, verifica-se que, realmente, o Contrato de Adesão não é um Contrato típico, como a compra e venda ou o mútuo, mas é uma técnica de elaboração contratual aplicável a qualquer tipo de Contrato. É, pois, mais um método de contratação do que uma espécie contratual, como

⁸⁵ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 715.

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 129.

⁸⁷ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 153.

explica Marques⁸⁸:

o Contrato de Adesão não é uma espécie nova e independente de Contrato, trata-se de Contratos de compra e venda, Contratos de transporte, Contratos de locação e outros mais variados tipos de Contratos, em que se usa, sim, um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, o qual simples “adere” à vontade manifestada no instrumento contratual.

Como visto, a contratação padronizada tornou-se o método mais adequado para atender às necessidades econômicas e sociais de uma sociedade onde o consumo é massificado e o Contrato de Adesão, por suas características, mostrou-se apto a racionalizar o comércio e adaptável a estas novas situações.

O emprego do Contrato de Adesão reduziu custos e deu agilidade à contratação. Orienta-se por princípios de racionalização e funcionalidade, que guiam a prática profissional. Esta requer técnicas de organização que sigam pautas de uniformidade e normalidade, e os Contratos de Adesão atendem a estas demandas⁸⁹.

1.2.3 Distinções

Importa fazer-se algumas diferenciações entre o Contrato de Adesão e outras figuras semelhantes, tais como o Contrato-tipo, as condições gerais dos Contratos e a convenção coletiva de trabalho.

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 64.

⁸⁹ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 133.

1.2.3.1 Contrato-tipo

O Contrato-tipo é, como o Contrato de Adesão, um Contrato escrito, pré-pronto, com cláusulas gerais pré-estabelecidas, contendo apenas campos em branco onde serão inseridos dados como nome e qualificação das partes, preço, datas etc.

Contudo, diferencia-se do Contrato de Adesão porque, no Contrato-tipo, ainda que as cláusulas tenham sido predispostas, elas decorrem da vontade paritária de ambas as partes, como ocorre, por exemplo, quando as empresas de determinado setor da indústria ou comércio contratam com um grupo de Fornecedores, podendo as partes estar ou não representados por associações respectivas. É o que ensina Venosa⁹⁰:

no Contrato-tipo, o âmbito dos contratantes é identificável. No Contrato de Adesão, as cláusulas apresentam-se predispostas a um número indeterminado e desconhecido, *a priori*, de pessoas. Se a elaboração das cláusulas for unilateral, estaremos perante um Contrato de Adesão, e não um Contrato-tipo.

Miranda⁹¹ também segue este raciocínio:

o Contrato tipo é um modelo contratual formulado mediante discussão prévia entre as partes contratantes (que não existe nos Contratos de adesão), representantes da classe ou categoria econômica a que estão vinculados os futuros contratantes e que por isso os obrigará na celebração de futuros Contratos.

Marques⁹² entende que o Contrato-tipo é aquele Contrato oferecido à adesão, mas cujo conteúdo deriva de

⁹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 414.

⁹¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 33.

⁹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 60.

recomendações ou imposições de associações profissionais. Nestes casos, “a imposição é como um regulamento que restringe a liberdade dos membros daquela profissão”.

1.2.3.2 Condições gerais dos Contratos

As condições gerais dos Contratos seriam um esquema contratual, caracterizado pela generalidade, uniformidade e abstratividade, constituído por uma série de cláusulas ou condições elaborada por uma das partes e perante as quais deverão se submeter uma seqüência de relações jurídicas contratuais. No conceito de Marques⁹³,

é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de Contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros Contratos.

Marques, Vasconcellos e Miragem⁹⁴ frisam também que, embora as expressões condições gerais dos Contratos e Contrato de Adesão sirvam para descrever a prefixação do conteúdo do Contrato, ou de parte deste, de maneira unilateral e uniforme, elas não são sinônimas, pois,

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p.60.

⁹⁴ Acrescente-se ainda a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias entre Contratos de adesão e Contratos submetidos a condições gerais. Os Contratos de Adesão seriam apenas os Contratos por escrito, preparados e impressos antecipadamente pelo Fornecedor, no qual restariam espaços apenas para a identificação do comprador e do objeto do Contrato. Já os Contratos submetidos a Condições Gerais seriam aqueles Contratos escritos ou não escritos em que o comprador aceitaria, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo Fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais venham a disciplinar o seu Contrato específico (MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 715-716).

a expressão “condições gerais dos Contratos” enfatiza mais a fase pré-contratual, na qual são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, ao passo que, utilizando a expressão Contrato de Adesão, a doutrina francesa destaca o momento de celebração do Contrato, dando ênfase à vontade criadora do Contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada de outro contratante.

Assim, as condições gerais dos Contratos fazem parte da oferta do bem e, embora possam englobar os próprios Contratos de adesão, por si só, elas não possuem obrigatoriedade, a não ser que estejam inseridas em um Contrato e que o contratante tenha sido informado sobre as condições, tenha tido conhecimento prévio do seu conteúdo e tenha aceitado sua inserção no Contrato⁹⁵. Como ensina Venosa⁹⁶, “enquanto não houver adesão ao Contrato, as condições gerais dos Contratos não ingressam no mundo jurídico”.

As condições gerais dos Contratos são, assim como o Contrato de Adesão, uma técnica de contratação em massa, pois surgiram da necessidade agilizar a redação de futuros Contratos. Podem constituir-se, por exemplo, em um cartaz afixado num estabelecimento comercial ou em cláusulas redigidas em um arquivo de computador impressas na hora para o cliente, mas que só ganharão obrigatoriedade a partir do momento em que estiverem inseridas em um Contrato.

1.2.3.3 Convenção coletiva de trabalho

A convenção coletiva de trabalho destina-se a regular

⁹⁵ O tema das Condições gerais dos Contratos é considerado um dos mais delicados do novo direito dos Contratos (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 66-78).

⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 412.

relações entre empregados e empregadores. À semelhança do Contrato de Adesão, ele contém normas pré-formulados, que deverão presidir à formação dos Contratos individuais, subordinados, ou determinar alterações no conteúdo de tais Contratos, em curso.

Porém, diferentemente do Contrato de Adesão, a convenção coletiva de trabalho não é o próprio Contrato entre patrão e empregado, mas são as diretrizes às quais os Contratos de trabalho que se estabelecerem deverão obedecer. No dizer de Miranda⁹⁷:

limita-se, em regra, às normas de maior importância, deixando às partes dos Contratos individuais suficiente margem de liberdade para, dentro dos limites por ele traçados, estipularem livremente as próprias normas. Aquele traça assim um regulamento com função integradora e limitadora do conteúdo dos Contratos individuais, enquanto o Contrato de Adesão disporá ele próprio sobre todas as normas que regularão a relação entre o predisponente e o aderente.

Venosa⁹⁸ acrescenta que a convenção coletiva de trabalho perfaz-se pelo acordo de vontades de duas pessoas jurídicas de Direito Privado, os sindicatos, e tem força com relação às pessoas ligadas aos entes coletivos participantes do negócio. Nesse sentido, afirma o autor, “no acordo coletivo há norma jurídica. O alcance dessa norma será mais ou menos amplo, dependendo da amplitude de representação das pessoas envolvidas”.

1.2.4 Natureza jurídica

O Contrato é um negócio jurídico bilateral⁹⁹, já que sua

⁹⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 31.

⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos**, 2005, p. 415.

⁹⁹ Há atos jurídicos que se aperfeiçoam pela manifestação de apenas um das partes. A estes, dá-se o nome de atos unilaterais. Todavia, há atos jurídicos que, para seu

Constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam, de uma e de outra parte.

Pereira¹⁰⁰ considera que, sob o aspecto de sua formação, todo Contrato é negócio jurídico bilateral, já que sua Constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam, de uma e de outra parte. Para Miranda¹⁰¹ também todos os Contratos são negócios jurídicos bilaterais, pois a bilateralidade diz respeito à composição subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes.

Porém, Venosa¹⁰² observa que o Contrato paritário ocupa hoje uma parcela muito pequena do mundo negocial, pois a atual dinâmica social relegou a um plano secundário esse Contrato. As relações contratuais são, agora, massificadas e, dentro, dessa nova realidade, o Contrato negociado não encontra guarida. Nas palavras do autor,

hoje, deparamos com certo automatismo contratual que deixa imperceptível o mecanismo da vontade, antes um baluarte do Contrato. (...) O elemento objetivo do Contrato, em se tratando de Contratos de massa, ganha proeminência sobre o elemento subjetivo. O exame do Contrato, nessa hipótese, aproxima-se do inconsciente coletivo. Parece correto dizer que nesses Contratos existe uma abstração das atitudes psíquicas de seus autores.

aperfeiçoamento, dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Estes negócios bilaterais, isto é, que decorrem do acordo de mais de uma vontade, são o que se chama modernamente de Contrato. Contrato bilateral é aquele de que se irradia eficácia bilateral, ou seja, cria bilateralmente direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Há prestação e contraprestação. Somente quanto à eficácia é que os negócios jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais, o que ocorre quando só um dos lados (contraente) adquire crédito, pretensão ou ação (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, 600p, p. 245. v. 3).

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 1999, p. 9.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 2001, p. 245, v. 3.

¹⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos**, 2005, p. 411.

Sendo assim, questiona-se sobre a natureza jurídica do Contrato de Adesão. Seria ele realmente um Contrato, já que inexistem as negociações preliminares, a modificação de cláusulas, ou mesmo a vontade de contratar, características próprias dos Contratos paritários? Esta questão vai mostrar importância prática quando da interpretação dos Contratos de Adesão¹⁰³.

Gomes¹⁰⁴ e Mandelbaum¹⁰⁵ classificam as teorias explicativas da natureza jurídica do Contrato de Adesão em teorias normativistas e teorias negociais.

As **teorias normativistas** subdividem-se em teoria do poder normativo das empresas e teoria do uso normativo. A primeira sustenta-se na realidade econômica, enquanto a segunda inclinou-se a assimilar as condições gerais ao uso normativo. Para ambas, as condições gerais preestabelecidas no bojo do Contrato de Adesão são a lei contratual propriamente dita, que é oferecida à adesão a quem estiver interessado¹⁰⁶.

As **teorias negociais** subdividem-se em: teoria da interpretação típica, teoria da declaração típica, teoria da pressuposição, teoria da relação contratual fática, teoria do comportamento social típico e teoria do negócio de atuação. Enfocam a natureza jurídica do Contrato de Adesão como sendo de natureza contratual, pois, embora haja desequilíbrio no poder de negociação, a estrutura do Contrato, em si, mantém-se inalterada. Assim, a natureza íntima do Contrato não se modifica por ser um Contrato de Adesão¹⁰⁷.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 138.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 135.

¹⁰⁵ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 135.

¹⁰⁶ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 136-137.

¹⁰⁷ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 138-139.

Gomes¹⁰⁸ entende que as teorias normativas têm, do ponto de vista técnico, o grave defeito não atentarem para a circunstância de que, enquanto formulário impresso, o Contrato de Adesão não passa disso, um formulário impresso. Só adquirirá eficácia jurídica com o comportamento adesivo, o ato de adesão. Nas palavras de Marques¹⁰⁹,

enquanto não houver a manifestação de vontade do Consumidor, o simples modelo pré-elaborado do Contrato de Adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (*Stück Papier*), mas se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do Consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do Contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes.

Por isto Miranda¹¹⁰ compreende que o Contrato de Adesão é um Contrato, sim, mas de formação diferente, porque seu conteúdo substancial é predeterminado unilateralmente por uma parte, ao qual a outra simplesmente declara sua aceitação. É, portanto,

um ato que se inicia com uma declaração emitida para o público pelo estipulante, contendo uma proposta contratual do tipo de uma promessa irrevogável de contratar, mediante cláusulas uniformes, por ele formuladas unilateralmente, para possíveis aderentes, sobrevindo-lhe, em função disso, sucessivas declarações de aceitação, que dão origem a outras tantas relações jurídicas determinadas que constituem-se em Contratos singulares que, uma vez superado esse inicial modo de formação, em tudo se igualam (exceção feita às conseqüências e implicações daquele modo de formação) aos Contratos de modelo clássico.

O Contrato de Adesão é, portanto, negócio jurídico bilateral formado pelo concurso de vontades. Verdade que a manifestação

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 138.

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 62.

¹¹⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 136-137.

da vontade de uma das partes apresenta-se apenas como a alternativa de aderir ou não, mas, embora restrita, essa manifestação de vontade existe.

Assim, embora uma das vontades seja pré-estabelecida, a vontade existente no consentimento não deixa que o Contrato de Adesão possa configurar negócio unilateral, de modo que, sendo bilateral o negócio, possui natureza contratual, embora sem a contratualidade plena.

A natureza contratual do Contrato de Adesão encontra-se alicerçada na jurisprudência, pois o entendimento do caráter contratual do Contrato de Adesão permite que a parte contratante mais fraca tenha proteção contra eventuais abusos a que estiver submetida, como explica Marques¹¹¹:

hoje, a doutrina, pois, aceita o caráter contratual dos Contratos de adesão. (...) Trata-se de um acordo de vontades representado pela adesão, não sendo essencial ao Contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula a cláusula em uma fase preliminar, assim também a igualdade de forças dos contratantes não é essencial. Mesmo existindo, na prática, um desigual poder de barganha (*unequal bargaining power*), não se deve negar o caráter contratual do Contrato de Adesão (ou por adesão), pois a manutenção do vínculo, na maioria das vezes, beneficia o contratante mais fraco, deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade do vínculo contratual.

Percebe-se, então, que, mesmo tendo um processo de formação singular, o Contrato de Adesão tem natureza contratual, como os demais Contratos. Porém, justamente por sua formação ser diferenciada, o Contrato de Adesão não pode ser interpretado do mesmo modo que os Contratos comuns, porque é uma relação jurídica em que se verifica o predomínio da vontade de uma das partes sobre a outra.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 62.

A importância do Contrato de Adesão como meio e instrumento de contratação adequado ao atual sistema de produção e de distribuição em massa deve ser reconhecida. Não se vislumbra a possibilidade de retroceder este processo e eliminá-lo da realidade social. Contudo, nesta relação contratual em que uma parte impõe à outra sua vontade, sem que exista possibilidade de discussão das cláusulas, o desequilíbrio e a desigualdade entre as partes mostram-se flagrantes.

Mandelbaum¹¹² vê vantagens e desvantagens na utilização dos Contratos de Adesão:

As primeiras, sobretudo para o empresário que predispõe as condições gerais de contratação, justificam a imposição da contratação concluída com base em condições gerais preestabelecidas, pela produção em massa de bens e serviços, o tráfico mercantil em sério. As desvantagens, em geral, são para o aderente, que se vê compelido a assumir um contrato cujas condições gerais foram determinadas exclusivamente pelo empresário. (...) inegável é a tendência dos empresários em utilizar essa racionalização em proveito próprio, pois, ao elegerem as condições gerais de negociação que irão imperar em um contrato-tipo, inserem nesse contexto condições que lhes são exclusivamente benéficas, em detrimento do futuro aderente.

Marques assevera que¹¹³

ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou Consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequívocas.

¹¹² MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 131/133.

¹¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 57-58.

Este desequilíbrio, esta desigualdade provocaram a necessidade de uma ingerência por parte do Estado, na estruturação desse conteúdo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a mera intenção e simples pretensão dos contratantes, como ensina Miranda¹¹⁴:

há assim a necessidade da intervenção estatal no domínio das relações jurídicas privadas, mais precisamente nas que se estabelecem por meio do "Contrato de Adesão" (e de um modo mais genérico nas chamadas *relações de consumo*), entre uma empresa, fabricante de produtos ou prestadora de serviços, por um lado e o aderente ou o Consumidor, pelo outro, para que, restabelecendo-se o equilíbrio contratual, que não se chega a alcançar espontaneamente, pelas próprias circunstâncias em que se processa aquela figura contratual, se alcance a justiça nas relações jurídicas que, como se viu, resulta, em Princípio, de um modo natural, no Contrato que se presta à livre discussão e negociação. Essa intervenção se faz pela estatuição de normas que de um modo genérico podem designar-se de *proteção contratual do aderente ou Consumidor*.

Mandelbaum¹¹⁵ também entende que, embora se deva defender a existência e utilização dos Contratos de Adesão, deve-se combater a aplicação em seus textos de cláusulas abusivas e situações que prejudiquem ou venham potencialmente gerar prejuízos aos futuros aderentes, e das quais o poder econômico se utiliza, servindo ao próprio interesse egoísta, como meio de descarregar riscos econômicos sobre a parte mais débil.

A necessidade da intervenção estatal para proteção do aderente, parte mais fraca em um Contrato de Adesão, acarretou uma mudança nos paradigmas da teoria contratual, de modo a adequá-la à nova realidade social. É este o tema do próximo Capítulo.

¹¹⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**, 2002, p. 56-57.

¹¹⁵ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**, 1996, p. 133.

Capítulo 2

A INTERVENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

2.1 O ESTADO LIBERAL

A partir do século XVIII, a burguesia capitalista consolidou gradativamente seu poder econômico, já exteriorizado pela revolução industrial. O dinheiro não mais estava apenas nas mãos do clero e da nobreza. Agora os donos dos meios de produção detinham grande poder político e a incapacidade da monarquia absolutista em atender aos anseios dessa rica classe foi fatal para sua sobrevivência¹¹⁶.

A burguesia capitalista voltou-se contra a monarquia absolutista, culminando tal revolta com a revolução Francesa, em 1789. Com o triunfo da burguesia, afirmou-se de uma vez por todas o liberalismo econômico¹¹⁷.

Para Reale¹¹⁸, os acontecimentos revolucionários de 1789 constituem um momento explosivo cuja fonte de energia deve ser buscada nos valores condicionantes do chamado Direito natural moderno, o qual afunda suas raízes na nova compreensão do homem brotada do iluminismo.

2.1.1 O iluminismo e o Direito natural Moderno

¹¹⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, 176p, p. 29.

¹¹⁷ GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: uma nova concepção. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**, 1991, p. 34.

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 242p, p. 74.

No transcorrer do século XVIII, difundiu-se na Europa uma nova mentalidade que se caracterizava pela recusa a qualquer idéia preconcebida ou crença ditada por alguma autoridade, fosse ela religiosa, política ou filosófica. O iluminismo, como ficou conhecida esta nova convicção, exaltava o indivíduo como ser racional, dotado de liberdade e capaz de autodeterminar suas relações privadas.

Hobsbawn¹¹⁹ explica a origem destas idéias:

O 'iluminismo', a convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza – de que estava profundamente imbuído o século XVIII – derivou sua força primordialmente do evidente progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica que se acreditava estar associada a ambos. E seus maiores campeões eram as classes economicamente mais progressistas, as que mais diretamente se envolviam nos avanços tangíveis da época: os círculos mercantis e os financistas e proprietários economicamente iluminados, os administradores sociais e econômicos do espírito científico, a classe medida instruída, os fabricantes e empresários.

A partir dos ideais iluministas, passou-se a depositar irrestrita confiança na força da razão e na eficácia do método científico. Na análise de Capellari¹²⁰,

o século XVIII foi uma época de esclarecimento, na qual o homem problematizou a verdade, os paradigmas, a autoridade da tradição, a obediência, e se põe no caminho pelo qual se pode alcançar a si mesmo. A força da crítica das instituições e das tradições culturais, de repente, jogou tudo à luz do dia racional. O iluminismo como emancipação constituiu-se como um elogio da possibilidade, entendido como a

¹¹⁹ HOBSEBAWN, Eric J. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**, 1977, p. 37.

¹²⁰ CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a Constituição**: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, 124p, p.27.

inexistência de uma crença na predeterminação da história, de uma meta-história como dado da natureza. A crença na perfectibilidade humana e na capacidade ordenadora da razão deixava em aberto as possibilidades da história.

A obra *O Discurso do Método*, de Descartes¹²¹, foi um marco no rompimento com os valores vigentes, opondo a evidência da razão ao jugo das tradições ou da autoridade e propondo a adoção de um método no sentido de conferir uma base lógico-dedutiva de raciocínio para explicação dos fenômenos existentes¹²². Descartes¹²³ escreveu que

o que mais me contentava nesse método era que por meio dele tinha a certeza de usar em tudo minha razão, se não perfeitamente, pelo menos da melhor forma em meu poder; ademais, sentia, ao praticá-lo, que meu espírito acostumava-se pouco a pouco a conceber mais nítida e distintamente seus objetos; e que, não o tendo sujeitado a nenhuma matéria particular, prometia-me aplicá-lo tão utilmente às dificuldades das outras ciências, como o fizera às da álgebra.

Com o iluminismo, a razão tornou-se o conceito básico da modernidade, em substituição à fé medieval e à obediência cega ao monarca. O homem devia pensar com sua própria cabeça e não mais com a do sacerdote ou com a do soberano absoluto, tal como afirma Capella¹²⁴:

na modernidade, a razão substitui à fé. Neste mundo novo mais complexo, com incipiente produção industrial, com introdução incoativa da ciência no processo produtivo, as “verdades de razão” produzem um deslumbramento (...) que

¹²¹ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradutor: Maria Ermantina Galvão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1996, 154p. Título do original: *Le Discours de la Méthode*. (Clássicos). Descartes (1596-1650), filósofo e matemático francês, é considerado o fundador da Filosofia moderna.

¹²² GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do Contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 220p, p. 9.

¹²³ DESCARTES, René. **Discurso do Método**, 1996, p. 26.

¹²⁴ RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, 2002, p. 101.

converte a capacidade de pensamento abstrato e a dedutividade em autoridade intelectual e moral suprema.

Começaram a ser questionados, por exemplo, os privilégios da nobreza e do clero, as limitações impostas às pessoas e à propriedade, as arbitrariedades dos governos e a impossibilidade de participação popular nos assuntos políticos, bem como a excessiva ingerência da Igreja na política e a intolerância religiosa.

Nas palavras de Hobsbawn¹²⁵:

Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento “esclarecido”. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das igrejas (distintas da religião “racional” ou “natural”), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans. No devido tempo se tornaram os slogans da Revolução Francesa. (...) A apaixonada crença no progresso que professava o típico pensador do iluminismo refletia os aumentos visíveis no conhecimento e na técnica, na riqueza, no bem-estar e na civilização que podia ver em toda a sua volta e que, com certa justiça, atribuía ao avanço crescente de suas idéias.

O Direito, que até então era dominado pela tradição e pela autoridade, também sofreu mudanças. Reale¹²⁶ afirma que foi com a revolução francesa que nasceu o Direito moderno, em conformidade com a imagem de um homem novo, confiante na razão profana e na legitimidade seus direitos individuais.

Cuidou-se de instaurar uma nova ordem jurídica, o que se deu através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como

¹²⁵ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848, 1977, p. 37.

¹²⁶ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 1998, p. 74-75.

explica Reale¹²⁷:

o primeiro cuidado dos juristas da revolução foi, pois, assinalar esse valor primordial, fazendo-o, aliás, a partir da natureza mesma do homem, sem qualquer alusão a Deus como sua fonte originária, (...). A Declaração francesa é uma proclamação leiga, o que de per se assinala uma das tendências dominantes no novo Direito, obra exclusiva da sociedade e do Estado, à margem de qualquer interferência da Igreja ou da prévia acolhida dos Princípios por ela consagrados.

As idéias iluministas ganharam autoridade quando abraçadas pela teoria do Direito natural. Ensina Silva¹²⁸ que, segundo a teoria do Direito natural,

as regras jurídicas positivas necessitam de interpretação dos valores morais, dos valores éticos. O Direito positivo deve ser explicado por um conjunto de valores, de Princípios transcendentais. Os valores morais, espirituais, éticos, sociais, de uma ordem transcendental não podem ser excluídos do conceito do Direito positivo.

Na Antiguidade grega e romana já se cogitava da existência de um direito que se elevasse acima das contingências dos vários ordenamentos jurídicos existentes. No Direito Romano, fazia-se a distinção entre *Ius Naturale* e *Ius Civile*, sendo que o primeiro seria universal, imutável e colocado pela *naturalis ratio*, e o segundo seria limitado no tempo e no espaço e seria criado por uma entidade social constituída pelos homens. Na Idade Média a distinção também era conhecida, mas com um acréscimo: o Direito natural seria aquele que se conformava com a vontade de Deus. As leis humanas não poderiam contrariá-la.

Porém, na modernidade, o Direito natural já não tem

¹²⁷ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 1998, p. 76.

¹²⁸ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral & razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2004, 200p, p. 20.

fundamento na natureza, como na Antiguidade, nem no direito divino, como na Idade Média. Seu fundamento seria a razão humana.

Reale¹²⁹ afirma que o Direito natural moderno é um direito racionalista, sem dúvida, imbuído do espírito científico e poderosamente influído por teses econômicas, e que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marca

o apogeu do racionalismo no plano da experiência jurídica, ou da autoconsciência do Direito. (...) Ser sujeito de direito significa ser cidadão (...) é nesse contexto universal que se situa o cidadão da revolução Francesa, ou seja, o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, firmando-se a originalidade do *cives* perante o Estado, em contraposição ao *Ancien Regime*, no qual a cidadania era um status consentido pelo monarca. (...) É todo um Direito Novo, o Direito Moderno, que se acha embutido na declaração revolucionária (...).

Roberto¹³⁰ esclarece que, embora não sejam idênticos, o Direito natural e o iluminismo dos séculos XVII e XVIII estão intimamente ligados, pois

o iluminismo, rebelando-se contra a tradição e a autoridade que caracterizava o antigo Regime, pretendeu confiar à razão humana a tarefa de renovar a sociedade, inclusive o Direito. O jusracionalismo teve papel destacado nessa transição. Ele se encarregou de dar conteúdo às mudanças no universo jurídico. As sistematizações elaboradas pelos jusracionalistas forneceram elementos preciosos para a renovação do Direito. (...) O iluminismo propôs uma nova visão de mundo; o jusracionalismo traduziu essas idéias para o Direito, permitindo a renovação de seus métodos e fornecendo elementos para a construção de um novo sistema.

¹²⁹ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 1998, p. 76-77.

¹³⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 148p, p. 25/27.

Santos¹³¹ explica que, na tentativa de fuga do absolutismo, em que corriqueiramente transgrediam-se garantias e direitos fundamentais do ser humano, buscou-se criar leis inatacáveis, rigorosamente científicas e que não necessitassem de interpretação. Os jusnaturalistas começaram então a pensar o direito como um sistema fechado que, partindo de alguns axiomas, tornaria possível a dedução de todas as outras regras¹³².

A idéia do direito como sistema fechado fundamentou um movimento de codificação das leis, o que levou à criação do Código Civil Francês de 1804. Esta realização representou não apenas a satisfação do ideal teórico de sistematização normativa pregado pelo racionalismo jurídico, mas também o superamento das contradições e desigualdades do regime absolutista¹³³.

O individualismo e o racionalismo tornam-se os valores da época. Baseando-se nestas crenças e para justificar os interesses da burguesia capitalista surgiu a doutrina do liberalismo.

2.1.2 O liberalismo

O liberalismo, como doutrina econômica, foi gerado junto às revoluções francesa e inglesa. A liberdade (daí liberalismo) propelia a economia, a divisão do trabalho e, conseqüentemente, o crescimento econômico. Dessa forma, qualquer intervenção estatal seria indesejável. Toda produção, consumo, emprego, salários, lucro e crescimento econômico adviriam de leis naturais, que regulariam o mercado¹³⁴.

¹³¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 31.

¹³² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil, 2003, p. 26.

¹³³ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 1998, p. 86.

¹³⁴ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 32.

O liberalismo teve por base o pensamento de Adam Smith¹³⁵ ¹³⁶. Para ele, a acumulação de capital seria necessária para o desenvolvimento das forças produtivas do trabalho:

assim como a acumulação de capital deve, por sua natureza, anteceder a divisão do trabalho, também o trabalho só poderá ser cada vez mais subdivido à proporção que se tenha previamente acumulado mais e mais capital. (...) Assim como a acumulação de capital é previamente necessária para realizar esse grande desenvolvimento das forças produtivas do trabalho, também essa acumulação conduz naturalmente a esse desenvolvimento. A pessoa que emprega seu capital para manter a força de trabalho deseja necessariamente empregá-lo de modo que produza a maior quantidade de trabalho. (...) Com isso, não apenas aumenta com o crescimento do capital que as emprega, como também em consequência desse crescimento, a mesma quantidade de esforço produz uma quantidade muito maior de trabalho. Tais são, em geral, os efeitos do aumento do capital sobre a indústria e suas forças produtivas.

Smith¹³⁷ admitia que apenas uma pequena classe possuiria os meios de produção e, assim sendo, adquiriria o poder, através de seus direitos de propriedade, de impedir o trabalhador de produzir, a não ser que recebesse uma parte do que ele produzisse:

no estado original de coisas que precede tanto a apropriação da terra como a acumulação de capital, todo o produto do

¹³⁵ Adam Smith (1723-1790) nasceu na Escócia, onde viveu quase toda a sua vida. Coursou as universidades de Glsgow e Osford (1737-1746) e foi professor em Glasgow, de 1751-1764. Em 1776, numa época em que a revolução industrial estava apenas começando, publicou sua obra mais importante: *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, geralmente chamada "A Riqueza das Nações". (HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**. Tradutor: José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, 542p, p. 60. Título do original: *History of economic thought*).

¹³⁶ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. vol. 1. Tradução: Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 627p, p.340-341. (Paidéia) Título do original: *The wealth of nations*.

¹³⁷ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**, 2003, p. 80-81.

trabalho pertence ao trabalhador. Não nem proprietário nem patrão com quem deva dividi-lo. (...) Mas esse estado original de coisas, em que o trabalhador desfrutava de todo o produto do seu próprio trabalho, não poderia perdurar para além da introdução da apropriação da terra e da acumulação de capital. (...) Tão logo a terra se torna propriedade privada, os proprietários exigem uma parcela de quase todos os produtos que o trabalhador pode nela cultivar ou dela colher. Sua renda é a primeira dedução que sofre o produto do trabalho empregado na terra.

Mesmo assim, o capitalismo representaria o estágio mais alto de civilização e atingiria seu ponto culminante, quando tivesse evoluído para uma situação em que o Estado tivesse adotado uma política de não-intervenção, permitindo que as forças da concorrência e o livre jogo da oferta e da procura regulassem a economia, que ficaria quase que completamente livre das restrições do Estado ou de suas intervenções. Nas palavras de Smith¹³⁸,

Tendo sido completamente afastados todos os sistemas de preferência ou de restrição, o sistema óbvio e simples da liberdade natural se estabelece por si mesmo. Todo homem (...) fica perfeitamente livre para buscar seus próprios interesses, à sua própria maneira, e para concorrer, com sua capacidade e com seu capital, com a capacidade e o capital de outros homens ou tipos de homem. O soberano fica completamente livre do (...) dever de supervisionar a capacidade particular das pessoas e de dirigi-la para as finalidades mais adaptadas ao interesse da sociedade.

O mercado de capitais e o mercado de trabalho deveriam, então, funcionar livremente e o Estado não poderia intervir nas relações econômicas. Qualquer outra intervenção estatal seria nefasta, porquanto perturbaria as leis da natureza que regiam a economia. Os mercados livres e em concorrência não só dirigiriam o emprego de capital para as indústrias em que ele fosse mais produtivo, como também fariam

¹³⁸ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**, 2003, p. 833.

com que fossem produzidas as mercadorias que as pessoas precisassem e mais desejassem¹³⁹.

Considera-se que os fundamentos ideológicos mediatos do liberalismo estavam no pensamento de John Locke¹⁴⁰. Para ele, todos os homens teriam vivido num estado natural de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses, conforme sua conveniência, dentro somente dos limites da lei da natureza, sem que fosse preciso permissão ou vontade de qualquer outro homem. Neste estado de natureza, todos os homens seriam iguais uns aos outros, sem que houvesse subordinação ou sujeição entre eles¹⁴¹.

Este estado de liberdade seria tão necessário à preservação da vida, e a ela estaria tão intimamente unida, que ele não poderia abrir mão dela, a não ser por meio daquilo que o faz perder, ao mesmo tempo, o direito à preservação e à vida. Nas palavras de Locke¹⁴²,

isso porque o homem, por não ter poder sobre a própria vida, não *pode*, nem por pacto nem por seu consentimento, *escravizar-se* a qualquer um nem colocar-se sob o poder absoluto e arbitrário de outro que lhe possa tirar a vida quando for de seu agrado. Ninguém pode ceder mais poder que o que ele mesmo detém; e, assim como não pode tirar a própria vida, tampouco pode colocá-la sob o poder de outrem.

Locke¹⁴³ afirma que os homens, uma vez nascidos, têm direito à sua preservação e, portanto, à comida, bebida e a tudo quanto a natureza lhes fornece para sua subsistência. Assim, estaria perfeitamente

¹³⁹ HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**, 1989, p. 81.

¹⁴⁰ John Locke (1632-1704) nasceu na Inglaterra. Em 1690, escreveu uma de suas obras mais conhecidas, "Dois tratados sobre o governo civil" (LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 640p, p. 21-25. Título original: Two treatises of government). (Clássicos)

¹⁴¹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 381-382.

¹⁴² LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 403.

¹⁴³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 405/407-409.

claro que todo o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos com a finalidade de sua preservação tornem-se sua propriedade. Desta forma,

embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma *propriedade* em sua própria *pessoa*. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua *propriedade*. Sendo por ele retirada do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens. Por ser esse *trabalho* propriedade inquestionável do trabalhador, homem nenhum além dele pode ter direito àquilo que a esse *trabalho* foi agregado, pelo menos enquanto houver bastante e de igual qualidade deixada em comum para os demais.

Todavia, o homem encontrava-se exposto a diversos inconvenientes no estado de natureza, dentre eles a vontade individual de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos. Sendo assim, o próprio gozo da propriedade e a conservação da igualdade ficariam prejudicados. Visando evitar que essas ameaças se concretizassem, o homem abandonou o estado da natureza e criou uma sociedade política, por meio de um Contrato entre homens igualmente livres, como afirma Locke¹⁴⁴:

sendo todos homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio *consentimento*. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e *revestir-se dos elos da sociedade civil* é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte.

¹⁴⁴ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 458/468.

Assim, o “fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a *conservação de sua propriedade*”¹⁴⁵. Explica Grondona¹⁴⁶ que,

Locke está impregnado da idéia de que o homem ganha o céu tendo êxito na terra. (...) Você foi honesto, trabalhador, ativo, diligente; tem um prêmio nesta terra que antecipa e não anula o prêmio celestial: a propriedade.

Gomes¹⁴⁷ avalia que:

Locke busca incessantemente a justificativa para a defesa da propriedade privada (...) que todos os homens são iguais entre si e que o Estado e a Igreja não poderiam impedir o ser humano na sua busca pela prosperidade, cabendo a este exclusivamente viabilizar a Constituição de seu patrimônio. É assim que Locke procura afirmar a independência do direito à propriedade privada em relação também ao Estado.

Contudo, observou-se que alguns homens possuíam mais do que outros. Não obstante, para Locke¹⁴⁸,

os homens concordaram com a posse desigual e desproporcional da terra, tendo encontrado, por um consentimento tácito e voluntário, um modo pelo qual alguém pode possuir com justiça mais terra que aquela cujos produtos possa usar, recebendo em troca do excedente ouro e prata que podem ser guardados sem prejuízo de quem quer que seja, uma vez que tais metais não se deterioram nem apodrecem nas mãos de quem os possui.

É que, na medida em que se adotou o uso do dinheiro, os

¹⁴⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 495.

¹⁴⁶ GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**: de John Locke a Robert Nozick. Tradutor: Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000, 190p, p. 21-22. Título do original: *Los pensadores de la libertad*.

¹⁴⁷ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do Contrato e boa-fé, 2004, p. 15.

¹⁴⁸ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, 1998, p. 428.

homens teriam passado a concordar com a desigualdade e com a desproporcionalidade na detenção de propriedades. Não haveria problema em acumular riquezas indefinidamente. O que tornaria ilegítima tal conduta seria a não-utilização dos bens acumulados¹⁴⁹.

Com base no pensamento lockiano, passou-se a compreender que a relação entre o indivíduo e o Estado deveria caracterizar-se pela convicção de que jamais o indivíduo poderia deixar de ser sujeito de direitos frente ao Estado. Por isto, Bonavides¹⁵⁰ chega a afirmar que “na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo” e que o seu Princípio invariável é “a proteção e tutela do indivíduo, premissa essencial do sistema capitalista”.

A partir destes pressupostos, passou-se a acreditar que o mercado de capitais e o mercado de trabalho deveriam funcionar livremente e o Estado não poderia intervir nas relações econômicas. Instauraram-se de forma radical os Princípios norteadores da teoria liberal econômica: liberdade de empresa, propriedade privada, liberdade de câmbio e liberdade contratual. Com todos os homens iguais e livres, qualquer outra intervenção estatal seria nefasta, porquanto perturbaria as leis da natureza que regiam a economia¹⁵¹.

Como Garcia Júnior¹⁵² explica, a ação dos indivíduos tornou-se ser livre, estimulada pela livre iniciativa e pelo espírito de lucro e amparada pelas garantias individuais e pelo direito de propriedade. O Estado tinha apenas como função legislar, administrar o próprio patrimônio,

¹⁴⁹ GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**: de John Locke a Robert Nozick, 2000, p. 23.

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 232p, p. 40/168.

¹⁵¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 33-34.

¹⁵² GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: uma nova concepção. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**, 1991, p. 36.

realizar os serviços públicos e organizar a defesa. Nada de fomentar o bem-estar dos cidadãos e, igualmente, nada de intervir na vida econômica e na cultura espiritual, pois uma e outra não floresceriam senão com o livre jogo das forças sociais.

Contudo, a liberdade e a igualdade preconizadas pelo liberalismo começaram a ser questionadas no final do século XIX, quando surgiram as primeiras reações contrárias a estas idéias.

2.2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO

Dallari¹⁵³ observou que, sob o pretexto de valorização do indivíduo e de proteção da liberdade, idéias preconizadas pelo liberalismo, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes.

Procurando aumentar ainda mais os seus lucros, os capitalistas passaram a submeter seus empregados a condições sub-humanas de trabalho. Devido ao desemprego avassalador, aplicou-se a lei da oferta e da procura à mão-de-obra, e os capitalistas reduziram ao mínimo o valor do salário pago. Também as condições de trabalho agravaram-se e o proletariado já vendia sua força por até dezoito horas consecutivas. Àqueles que protestassem restava apenas a demissão.

O Estado Liberal, pregando a valorização do indivíduo, promovera um comportamento egoísta do homem, destrutivo para aqueles menos audaciosos e mais escrupulosos. Vieira aponta que a mais incisiva crítica ao liberalismo deve-se ao fato de este apresentar forte acento individualista. O liberalismo provocou um declínio da solidariedade entre os

¹⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

indivíduos e tornou ausente o senso de destino único dos homens¹⁵⁴.

Sob o manto do liberalismo, se deu azo ao cometimento de uma verdadeira injustiça social ao se considerarem iguais pessoas que, devido às suas condições econômicas e sociais, assim não poderiam ser consideradas. A riqueza se mostrou “dado essencial para mostrar a desigualdade entre os homens”¹⁵⁵.

Além disso, o liberalismo impediu o Estado de proteger os menos afortunados. Despontaram desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais, como assinala Bonavides¹⁵⁶:

mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – economias, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

Para explicar esta realidade, surgiram as teorias socialistas, dentre as quais se destaca a teoria de Karl Marx e Friedrich Engels¹⁵⁷ ¹⁵⁸, para quem a história da humanidade seria feita de contradições e lutas entre as classes, e só uma revolução dos trabalhadores poderia acabar com as injustiças sociais. Nas palavras de Marx e Engels,

¹⁵⁴ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na Globalização, 2001, p. 40.

¹⁵⁵ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral & razão**: reflexões, 2004, p. 57.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 1996, p. 58.

¹⁵⁷ Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895) escreveram, em 1848, o Manifesto Comunista, cujo texto abre com uma análise da luta de classes e termina convocando os operários do mundo inteiro à união (GIANOTTI, José Arthur. Vida e obra. In: MARX, Karl. **Para a crítica da economia política, do capital, o rendimento e suas fontes**. Tradutor: Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 5-18, p.12. Título do original: *Zur Kritik der politischen Oedonomie*. (Os pensadores)

¹⁵⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **Burgueses e proletários**. In: FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989, p. 365-375.

a história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em luta. (...) A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe. Não fez senão substituir novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta às que existiram no passado.

Segundo a concepção marxista, teria sido no capitalismo que a divisão social do trabalho alcançou seu ápice, com a dominação de uma classe sobre a outra: de um lado, os proprietários privados do capital (portanto dos meios, condições e instrumentos da produção e da distribuição), que são também os proprietários do produto do trabalho, e, de outro lado, a massa dos assalariados ou dos trabalhadores despossuídos, que dispõem exclusivamente de sua força de trabalho, que vendem como mercadoria ao proprietário do capital¹⁵⁹.

A divisão social do trabalho, ao separar os homens em proprietários e não proprietários, deu aos primeiros poder sobre os segundos. Estes passaram a ser explorados economicamente e dominados politicamente. Estava-se diante de classes sociais e da dominação de uma classe por outra, como explicam Marx e Engels¹⁶⁰:

com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos operários modernos, que só podem viver se encontrarem trabalho, e que só encontram trabalho na medida em que este aumenta o capital. Esses operários, constrangidos a vender-se diariamente, são mercadoria, artigo de comércio como

¹⁵⁹ CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**, 1995, p. 62/90.

¹⁶⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friederich. Burgueses e proletários. *In*: FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels**, 1989, p. 370.

qualquer outro; em conseqüência, estão sujeitos a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as flutuações do mercado.

Vieira¹⁶¹ entende que o próprio direito, aliado aos fatos, produziu desigualdades, pois ao se adotar a igualdade conforme o liberalismo, ou seja, entendendo que os cidadãos são iguais perante a lei, produz-se “tantas desigualdades no domínio dos direitos e dos deveres quantas as que preexistam na realidade socioeconômica”.

Diante das desigualdades econômicas e sociais ocorridas no Estado Liberal, Lôbo¹⁶² afirma que a sociedade passou a exigir “o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia (...) permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social”.

Nas palavras de Pasold¹⁶³, tornou-se “necessário colocar o Estado de forma permanente e pró ativa em função de toda a Sociedade”. Desencadeou-se, então, um processo de intervenção do Estado na economia, na busca pela redução das desigualdades e para a promoção de justiça social.

2.2.1 A intervenção do Estado na atividade econômica

Finda a Primeira Guerra Mundial, foi promulgada, em 5 de fevereiro de 1917, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, considerada a primeira Constituição que estabeleceu e disciplinou a

¹⁶¹ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O Princípio Constitucional da igualdade e o direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 172p, p. 44.

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 21 set. 2004.1999.

¹⁶³ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Diploma Legal, 2003, 128p, p. 86-87.

intervenção do Estado nos domínios econômico e social¹⁶⁴.

Com ela, surgiu o Estado Contemporâneo, que acrescentou à dimensão política do Estado Liberal a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos¹⁶⁵.

Disciplinando a atividade econômica através das Constituições, o Estado passou a intervir indiretamente neste espaço¹⁶⁶, fazendo prevalecer o interesse coletivo, evitando abusos e garantindo o espaço público de afirmação da dignidade humana¹⁶⁷. São objetivos que, uma vez alcançados, fazem com que o Estado cumpra com uma Função Social.

2.2.2 Função Social do Estado Contemporâneo: Igualdade Material e justiça social

O Estado Contemporâneo tem uma função essencial, que vem sendo denominada de Função Social. Segundo Pasold¹⁶⁸, a Função Social do Estado Contemporâneo diz respeito a uma “fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o Bem Comum ou Interesse Coletivo, e, principalmente, com a dignidade do

¹⁶⁴ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003, p. 57.

¹⁶⁵ A passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo não significou a adesão ao Estado socialista, acontecendo, apenas e tão somente, que “um novo padrão ideológico é aceito, intermediário do Liberal do Socialista” (DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 153).

¹⁶⁶ O Estado Contemporâneo intervém na ordem econômica, não só como empreendedor, mas, principalmente, como regulador da atividade econômica. O Estado por intervir diretamente, atuando como um agente privado, comprando, vendendo ou prestando determinado tipo de serviço, ou intervir indiretamente, produzindo Normas que venham a refletir-se em determinado ramo de atuação privada (GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 50-61).

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi**, 1999.

¹⁶⁸ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003, p. 93.

Ser Humano”.

Diversos Estados que se apresentam na contemporaneidade têm como característica essencial esta condição instrumental em relação à Sociedade e os seus anseios, por seu compromisso intrínseco com o bem comum ou interesse coletivo e por sua interferência na vida da Sociedade. Como Pasold¹⁶⁹ observa,

a participação maior do Estado na vida da Sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a de exigência da participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais. Em minha opinião, no século XXI que se inicia, a necessária relação entre Estado e Sociedade é, sem dúvida, a de um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade.

Pasold¹⁷⁰ ensina que a Função Social do Estado Contemporâneo tem como destinação a realização da justiça, sobretudo a justiça social. Mas de que forma se poderia realizar justiça social?

A justiça, segundo Aristóteles¹⁷¹, consiste na virtude moral por excelência, na virtude completa, porque é o exercício atual da virtude completa. Nas palavras do filósofo,

ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo (...) Por essa mesma razão considera-se que somente a justiça, entre todas as virtudes, é o “bem do outro”, pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante,

¹⁶⁹ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003, p. 37/43-44.

¹⁷⁰ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003, p. 37/43-44.

¹⁷¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutor: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, 248p, p.105. Aristóteles nasceu em Estagira, Macedônia, em 384 a. C. Suas obras foram quase todas perdidas e as que chegaram até os dias de hoje são resultado de notas para cursos e conferências do filósofo.

ou de um membro da comunidade.

Num sentido particular, a justiça corresponde à Igualdade, e pode ser chamada de Distributiva. A justiça distributiva diz respeito a que as coisas envolvidas se relacionam entre si, assim como também as pessoas envolvidas, de modo que se pode afirmar que a mesma Igualdade que há entre as coisas, há entre as pessoas envolvidas¹⁷².

Se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas. Isto tornaria evidente a necessidade de que aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada um”, pois a origem de querelas e queixas estaria no fato de pessoas iguais receberem quinhões desiguais ou pessoas desiguais receberem quinhões iguais¹⁷³.

Como visto, o liberalismo pregava a Igualdade entre os indivíduos, pois, como explica Silva¹⁷⁴, para a doutrina do liberalismo, “se os homens são desiguais na riqueza, são iguais na liberdade. Havendo igualdade na liberdade, há liberdade em tudo”.

Porém, segundo os critérios de justiça distributiva, a Igualdade defendida pelos liberais se mostrou apenas formal, insuficiente diante da necessidade de tratamento diferenciado para os problemas que afligiam as classes menos favorecidas. Tornou-se preciso alargar o conceito de Igualdade, visando a superar as desigualdades.

O conceito de Igualdade Formal ampliou-se, tornando-se igualdade de fato, Igualdade Material. A Igualdade Material consiste, no

¹⁷² O filósofo identifica também a Justiça Corretiva, que desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas, e a Justiça Comutativa, segundo a qual deve-se recorrer a um critério de correção baseado na igualdade absoluta para o reequilíbrio da situação, tendo sido estudado na obra o critério estabelecido pela moeda (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 2003, p. 108/110-115).

¹⁷³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 2003, p. 109.

¹⁷⁴ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral & razão: reflexões**, 2004, p. 57.

dizer de Vilas-Bôas¹⁷⁵, em que

para se atingir a tão almejada igualdade, nada mais preciso do que tratar igualmente aqueles que são iguais e, de forma desigual, aqueles que são desiguais; de maneira que, naqueles aspectos em que estão desiguados, possam adquirir a igualdade respeitando-se as suas particularidades.

Segundo Amarante¹⁷⁶, buscar a Igualdade Material entre os indivíduos, possibilitando que cada ser humano desfrute de existência social e econômica completa e igual, é “fazer justiça”, devendo-se insistir, portanto,

na promoção da igualdade entre as partes, em dar a cada um aquilo que lhe compete, (...) fazer justiça é alimentar o Direito, objetivando a partilha do *meu* e do *teu*, para a ordem harmoniosa de um grupo, entendendo sempre o que é devido por justiça a alguém, praticando a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, adentrando, sobretudo, investigações sociais, culturais, filosóficas, políticas, econômicas ou ideológicas.

Quando o Estado passa a almejar a Igualdade Material entre os indivíduos, estaria fazendo justiça, pois, como observa Amarante¹⁷⁷, a justiça se faz, nos dias de hoje, através da defesa dos direitos dos economicamente mais fracos ou dos hipossuficientes. Tal tutela veicularia um sentimento de justiça social.

A ação intervencionista do Estado Contemporâneo fez incorporar a vários institutos jurídicos, que antes eram analisados sob o prisma do individualismo, a idéia de Função Social. Assim é que hoje se fala em

¹⁷⁵ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 94p, p.22.

¹⁷⁶ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 22/23.

¹⁷⁷ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**, 1998, p. 21-22.

Função Social da Propriedade e Função Social do Contrato, por exemplo.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Encontram-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante identificada pela abreviatura CRFB/88, Princípios gerais destinados a orientar a atividade econômica. Esta elevação ao plano constitucional de tais Princípios, além de permitir identificar na CRFB/88 uma Constituição do Estado Contemporâneo, também comporta a observação de que se assiste a um processo de Constitucionalização do Direito Civil.

2.3.1 A Constitucionalização do Direito Civil

O processo de elevar ao plano constitucional matérias que antes não sofriam qualquer interferência estatal, em especial no que se refere à atividade econômica, vem sendo chamado de Constitucionalização do Direito Civil. Como ensina Lôbo¹⁷⁸:

a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional de Princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. (...) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. (...) a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Segundo Dantas¹⁷⁹, esta inserção nas Constituições de normas relativas à atividade econômica chegou a dar uso à expressão

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, 1999.

¹⁷⁹ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 51/55.

Constituição econômica. Contudo, a Constituição econômica seria apenas um conjunto de normas e Princípios Constitucionais relativos à economia, conjunto este que faz parte de um todo, a Constituição propriamente dita. A Constituição econômica é, portanto, um subsistema da Constituição, que é o próprio sistema.

Disto decorre que, embora os Princípios da Ordem Econômica apontem ao intérprete a linha que deve ser seguida no tocante a esta matéria, deve-se fazer tal interpretação em conformidade os demais Princípios consagrados na Constituição. É o que Dantas¹⁸⁰ assevera:

os Princípios Fundamentais necessariamente imporão as diretrizes interpretativas de toda a matéria constitucional. (...) Há, portanto, um caráter imperativo no sentido de que uma dada norma deverá ter sua interpretação na razão direta do Princípio ao qual esteja vinculada, o que significa que nenhuma norma poderá ser interpretada de maneira isolada, porém e necessariamente, de forma *sistêmica*, vendo o ordenamento constitucional como um todo, partindo dos *Princípios Fundamentais* e passando pelos *Princípios Setoriais*.

A CRFB/88 traz sob o Título “Da Ordem Econômica e Financeira”, os Princípios gerais da atividade econômica. Nascimento¹⁸¹ afirma que estes Princípios existem em função de certas finalidades e através de certos meios, e explica:

Os fins buscados se vinculam à garantia de uma existência digna para todas as pessoas, de acordo com o que se denomina de justiça. (...) Os meios usados, afora outros Princípios, dizem respeito com a “valorização do trabalho humano” e a “livre iniciativa”. Esta é a compreensão de ordem econômica e seu conteúdo programático.

O processo de Constitucionalização do Direito Civil

¹⁸⁰ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: Globalização & constitucionalismo, 2004, p. 79.

¹⁸¹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, 180p, p. 10.

parece ser correlato à Função Social que se espera ter o Estado Contemporâneo, uma vez que, ao constitucionalizar-se matérias que no modelo de Estado Liberal estariam afastadas da interferência estatal, o Estado Contemporâneo estaria fazendo prevalecer o interesse coletivo, evitando os abusos e procurando garantir a Igualdade Material entre os indivíduos, fazendo justiça social.

2.3.2 A atividade econômica segundo a CRFB/88

Os Princípios gerais da atividade econômica estão previstos no *caput* e incisos do Artigo 170 da CRFB/88. A partir dele, seria possível identificar três dimensões da ordem econômica: a ontológica (o que é), a axiológica (que valores adota) e a teleológica (que resultados persegue).

A dimensão ontológica compreenderia seus fundamentos fáticos: o trabalho, os meios de produção e a iniciativa econômica. A dimensão axiológica envolveria os Princípios que atuam como norte da atividade interventiva do Estado e são: a soberania, a função social da propriedade e a livre concorrência.

Por fim, a dimensão teleológica agasalharia as finalidades a que visa o Estado ao intervir na ordem econômica, ou seja, o resultado a ser idealmente alcançado com a sua intervenção: a existência digna da pessoa humana, a sua defesa enquanto Consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.¹⁸²

¹⁸² DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: Globalização & constitucionalismo, 2004, p. 67.

2.3.2.1 As bases da atividade econômica: a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa

Segundo o *caput* do artigo 170 da CRFB/88, a ordem econômica deve fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e deve ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, são duas as bases sobre as quais se assenta a ordem econômica no Brasil: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Dantas¹⁸³ explica que a valorização do trabalho humano se dá pela compreensão de que o trabalho não deve ser encarado como um castigo, mas sim, como um direito e um dever. Direito porque, para viver, o homem tem de trabalhar. Rejeitar-lhe a oportunidade de trabalho é recusar-lhe o direito à sobrevivência. Dever porque, pelo fato de o homem viver em sociedade, o todo depende da colaboração e do esforço de cada um.

Ao lado do trabalho humano, foi valorizada pela CRFB/88 a liberdade de iniciativa. Tal liberdade diz respeito à espontaneidade humana na produção de algo novo, o que é a base da produção da riqueza. Nishiyama¹⁸⁴ explica que, embora pareça existir uma Antinomia entre o intervencionismo e a livre iniciativa, tal não ocorre, porque o intervencionismo “se faz a favor do mercado, como agente regulador da economia, para evitar que os economicamente fortes esmaguem os economicamente fracos”.

Esclarece Nascimento¹⁸⁵ que esta previsão constitucional

¹⁸³ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: Globalização & constitucionalismo, 2004, p. 67-68.

¹⁸⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 212p, p. 142-143.

¹⁸⁵ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**, 1989, p. 14.

assegura o exercício livre de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização do poder público, com exceção dos casos previstos em lei, de modo que “onde não houver lei ordinária exigente de tal autorização, a garantia constitucional do livre exercício incide”.

2.3.2.2 Os Princípios gerais

Nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estão relacionados os Princípios que deverão ser obedecidos na atividade econômica, quais sejam: a soberania nacional (inciso I); a propriedade privada (inciso II); a Função Social da Propriedade (inciso III); a livre concorrência (inciso IV); a defesa do Consumidor (inciso V); a defesa do meio ambiente (inciso VI); a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII); a busca do pleno emprego (inciso VIII); e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IV).

Sendo Princípios que devem ser observados pela ordem econômica e financeira, Dantas¹⁸⁶ ressalta que “como Princípios, são eles superiores a qualquer norma, seja ela infraconstitucional ou integrante da própria Constituição”.

Segundo Nishiyama¹⁸⁷, os Princípios Constitucionais da ordem econômica “têm caráter programático, impondo a realização de políticas públicas através da edição de normas jurídicas voltadas para esse programa de ação”.

O **Princípio de soberania nacional** consiste na capacidade do Estado de editar suas próprias normas, sua própria ordem

¹⁸⁶ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 69.

¹⁸⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do Consumidor**, 2002, p. 144.

jurídica, a começar pela Constituição, “de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição”¹⁸⁸. Tal Princípio, que está presente no artigo 1º, inciso I¹⁸⁹, e artigo 4º¹⁹⁰ da CRFB/88, ao estar colocado também como Princípio geral da atividade econômica, enfatiza a soberania do Estado brasileiro de normatizar sua ordem econômica.

O **Princípio da propriedade privada** é, segundo Moraes¹⁹¹, corolário dos direitos individuais previstos no art. 5º, incisos XXII¹⁹², XXIV¹⁹³, XXV¹⁹⁴, XXVI¹⁹⁵ da CRFB/88, assim como o Princípio da Função Social da Propriedade é corolário da previsão do art. 5º, XXIII¹⁹⁶, e art. 186¹⁹⁷, da

¹⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 2005, p. 16.

¹⁸⁹ **Artigo 1º.** 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: I – a soberania; (...).

¹⁹⁰ **Artigo 4º.** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes Princípios: I – independência nacional; (...).

¹⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 2005, p. 712.

¹⁹² **Artigo 5º.** 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: (...) **XXII** – é garantido o direito de propriedade.

¹⁹³ **Artigo 5º.** (...) **XXIV** – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

¹⁹⁴ **Artigo 5º.** (...) **XXV** – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

¹⁹⁵ **Artigo 5º.** (...) **XXVI** – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

¹⁹⁶ **Artigo 5º.** (...) **XXIII** – a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁹⁷ **Artigo 186.** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada

CRFB/88.

O direito de propriedade foi o primeiro a ter a sua razão de ser questionada sob o ponto de vista de uma Função Social.

No Estado Liberal, pouco importava se o detentor do direito de propriedade fosse produtor ou ocioso, tampouco importava a natureza do bem possuído, se de consumo ou de produção. Porém, com a alteração da realidade social, “não bastava mais o *ter*; segundo o novo pensamento jurídico, era necessário também que este direito se mostrasse socialmente *útil*”¹⁹⁸.

Segundo Lôbo¹⁹⁹, a função que hoje se espera da propriedade é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, defendida pela doutrina liberal. Nas palavras do autor:

a função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Segundo o Princípio da Função Social, a propriedade deve, portanto, atender aos interesses da sociedade, envolvendo a própria atividade econômica. O proprietário tem o direito de usar, de usufruir, de dispor e de proteger sua propriedade. Contudo, tem o dever de utilizar sua propriedade em prol do bem-estar da sociedade. Se a propriedade não estiver cumprindo com sua Função Social, podem ocorrer as hipóteses de

dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; **III** – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; **IV** – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹⁹⁸ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do Contrato e boa-fé, 2004, p. 78.

¹⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi**, 1999.

desapropriação, de monopólio e de restrições ao exercício e à aquisição do domínio²⁰⁰.

O **Princípio da livre concorrência** constitui-se, de acordo com Moraes²⁰¹,

na livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômica que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Diz respeito, portanto, à proibição do regime de monopólio, que afetaria o equilíbrio da ordem econômica²⁰².

A atividade econômica deve, ainda, observar o **Princípio de defesa do Consumidor**. A defesa do Consumidor deve ser promovida pelo Estado, segundo inciso XXXII do artigo 5º da CRFB/88²⁰³. Analisando tais dispositivos constitucionais, explica Dorneles²⁰⁴ que

percebe-se que o legislador brasileiro atentou-se, sabiamente, para a vulnerabilidade dos Consumidores no mercado de consumo. Assim, impôs ao Estado o dever de intervir nas relações existentes entre Consumidores e Fornecedores, em contraponto às idéias neoliberais de livre comércio, que sempre foram arreadas a qualquer forma de ingerência estatal, principalmente neste tema.

²⁰⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**, 1989, p. 104-105.

²⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 2005, p. 712.

²⁰² DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 73.

²⁰³ **Artigo 5º. (...) XXXII** – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor.

²⁰⁴ DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004, p. 61.

Analisa Nishiyama²⁰⁵ que, a partir da CRFB/88, a proteção do Consumidor passou a ser uma norma hierarquicamente superior e direcionadora de todo o sistema jurídico, justificando a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares. Contudo, o comando constitucional necessitou de lei infraconstitucional para ter plena eficácia, o que ocorreu com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Segundo o **Princípio de defesa do meio ambiente**, o que se busca é o equilíbrio ecológico, visa-se dar à vida uma qualidade mais sadia. Como ensina Nascimento²⁰⁶,

não se vai obstaculizar a industrialização, a comercialização ou a atividade no meio rural. Mas vai se buscar compatibilizar o exercício destas atividades econômicas e o seu desenvolvimento com a manutenção das condições favoráveis à vida humana e, conforme a hipótese, aos animais.

Como observa Dantas²⁰⁷, o texto constitucional brasileiro vigente, além de eleger a defesa do meio ambiente como Princípio da atividade econômica, ainda dedicou o Capítulo VI do Título VIII, afirmando no *caput* do artigo 225²⁰⁸ que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O Princípio de redução das desigualdades regionais e

²⁰⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do Consumidor**, 2002, p. 109.

²⁰⁶ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**, 1989, p. 11.

²⁰⁷ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 76.

²⁰⁸ **Artigo 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

sociais constitui também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o inciso III do artigo 3º²⁰⁹ da CRFB/88. Dantas²¹⁰ explica que esta preocupação tem origem no fato de que “a dimensão continental do Brasil traz, como consequência, além de diferenças culturais e sociais, diferenças econômicas”. Contudo, a previsão no texto constitucional do objetivo de reduzir tais desigualdades, significa o planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado.

O **Princípio de busca do pleno emprego** decorre dos efeitos maléficos do desemprego, quer individualmente quer socialmente. Como explica Nascimento²¹¹, “a realização da felicidade do povo e o próprio progresso social condicionam a existência de emprego para todos”.

Pretende-se, com a aplicação de tal Princípio, a abolição do subemprego, do biscate, do bóia-fria. Segundo Dantas²¹², para a realização plena do Princípio de busca do pleno emprego que “os programas de incentivos, sobretudo, nas áreas mais pobres do território nacional, terão papel decisivo”.

O **Princípio de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** dirige-se àquelas empresas cuja Constituição se tenha dado sob o império das leis brasileiras e cuja sede e administração esteja no território brasileiro. Não importa a nacionalidade dos sócios, nem a titularidade do capital formador e nem se este capital, total ou parcialmente, é nacional ou estrangeiro. O que se busca com tal proteção é o próprio desenvolvimento econômico do país, com a geração de renda e

²⁰⁹ **Artigo 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

²¹⁰ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 76.

²¹¹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**, 1989, p. 11.

²¹² DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: Globalização & constitucionalismo**, 2004, p. 78.

empregos²¹³.

Capítulo 3

A TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL

3.1 A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA, SEGUNDO A AUTONOMIA DA VONTADE

Bobbio²¹⁴ explica que a liberdade, na qual o sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros, é uma *liberdade positiva*, também chamada *autodeterminação* ou, ainda, mais propriamente, de *autonomia*. Nas palavras do filósofo:

positiva porque indica (...) a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido (...) costuma-se chamar de *liberdade* também esta situação, que poderia ser chamada mais apropriadamente de *autonomia*, na medida em que, (...) autodeterminar-se significa não ser determinado por outros, ou não depender dos

²¹³ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)**, 1989, p. 18-20.

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, 96p, p. 51. Título do original: *Eguaglianza e libertà*.

outros para as próprias decisões, ou determinar-se sem ser, por sua vez determinado. (...) não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu (...).

A noção de Autonomia da Vontade desenvolveu-se no direito canônico²¹⁵, mas foram as idéias jusnaturalistas que mais contribuíram para sua formação e consolidação. Neste ponto, considera-se que o pensamento de Immanuel Kant²¹⁶ ²¹⁷foi essencial para o entendimento da Autonomia da Vontade. O filósofo entende que se deve agir

de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-se sempre como Princípio de uma legislação universal. (...) A vontade é concebida como independente de condições empíricas e, por conseguinte, como vontade pura, determinada *mediante a simples forma da lei*, sendo esse motivo de determinação considerado como a suprema condição de todas as máximas. (...) A *Autonomia da Vontade* é o único Princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas (...) esta *legislação própria* da razão pura e, como tal, prática, é liberdade no *sentido positivo*. Desse modo, a lei moral apenas exprime a *autonomia* da razão pura prática, isto é, a liberdade, incluindo-se nesta a condição formal de todas as máximas, sob cuja condição estas podem coincidir somente com a lei prática suprema.

²¹⁵ O Contrato, tal qual existente e conhecido hoje, formou suas bases do direito canônico, que o desarraigou da ausência de vinculação e do formalismo exacerbado da tipicidade, criando o fundamento do dogma da Autonomia da Vontade. No direito canônico se iniciou a formação do dogma da Autonomia da Vontade, com base nos textos de Aristóteles e Santo Agostinho (SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 26-27).

²¹⁶ Immanuel Kant (1724-1804) nasceu, viveu e morreu em Königsberg, uma cidade da Prússia Oriental (Alemanha) e é considerado um dos grandes filósofos modernos (CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e Obra. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradutor: Valério Rohden. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5-18. (Os pensadores)).

²¹⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradutor: Afonso Bertagnoli. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.p., 157p, p. 40-41/43. Título do original: *Der Praktischen Vernunft*. (Os pensadores).

Lôbo²¹⁸ esclarece que, a partir da concepção kantiana, a Autonomia da Vontade confundiu-se com a própria noção de liberdade: a liberdade concebeu-se no moderno sentido negativo de não-impedimento e Autonomia como propriedade de ser lei para si mesma. A heteronomia seria típica das leis da natureza, onde imperaria a necessidade natural como causa eficiente. A vontade é que seria, diferentemente da causalidade natural (causas estranhas), uma espécie de causalidade humana.

Grondona²¹⁹ considera que, enquanto em Locke as idéias liberais são idéias políticas e econômicas, em Kant são encontrados os pressupostos destas leis, pois

a liberdade não consiste em que não haja lei, mas que a lei mande, e não a vontade de outro. Por isso, se me dei a lei, sou livre; se me deram a lei, sou escravo. Isso já estava em Locke, mas os fundamentos estão em Kant. Há 'autonomia' quando essa lei que me manda foi gerada em mim. Nesse caso, estou obedecendo a mim mesmo, ao melhor de mim: à minha razão.

Foi com o liberalismo que a Autonomia da Vontade alcançou seu apogeu, pois o entendimento de que os indivíduos seriam livres para disciplinar seus interesses a seu bel prazer, sem qualquer interferência externa, se mostrou consentâneo a Autonomia da Vontade.

Como, através das idéias liberais, fundamentadas na Autonomia da Vontade, se entendia que os homens eram livres para regularem seus interesses e que as riquezas deveriam circular livremente na sociedade, o instrumento jurídico que mostrou ser adequado a tais idéias foi

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos Contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, 240p, p. 10-11.

²¹⁹ GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick**, 2000, p. 73/76.

o Contrato. Segundo Miranda²²⁰, foi no direito das obrigações que ocorreu a mais larga utilização da concepção da Autonomia da Vontade.

Assinala Lôbo²²¹ que “o livre jogo das forças de mercados conduziria ao equilíbrio dos interesses”, e o Contrato, pautado na livre concorrência e na plenitude da autonomia dos indivíduos, teria se constituído no “instrumento jurídico adequado desse *fair play*”.

Assevera Novais²²² que,

nessa época, a vontade das partes era a única fonte criadora das obrigações contratuais, sendo que as leis tinham como objetivo resguardar essa vontade autônoma e assegurar a realização de seus efeitos. Desse modo, tais leis tinham caráter apenas supletivo, meramente interpretativo, permitindo a plena autonomia de vontade das partes, bem como a liberdade contratual.

Na teoria contratual, a Autonomia da Vontade passou a ser entendido como o poder do indivíduo de contratar livremente, criando suas relações jurídicas conforme a manifestação de sua vontade. Como expõe Gomes²²³:

o Princípio da *Autonomia da Vontade* particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito ou para obrigar-se.

O Código Civil Francês de 1804, que foi marcado pelas idéias liberais e que serviu de modelo para a elaboração dos códigos

²²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 2001, p. 86.

²²¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos Contratos e cláusulas abusivas**, 1991, p. 9.

²²² NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 180p, p. 48. (Biblioteca de direito do Consumidor, 17)

²²³ GOMES, Orlando. **Contratos**, 1987, p. 26.

nacionais do século XIX²²⁴, inclusive do Código Civil Brasileiro de 1916, traz a aquisição da propriedade privada como ponto culminante do direito da pessoa, e o Contrato, por si só, mostrou-se suficiente para este propósito.

Venosa²²⁵ assim observa que no sistema francês, historicamente justificado, o Contrato é um mero instrumento para se chegar à propriedade, pois,

para o Código francês, a liberdade e a propriedade estão ligadas indissolavelmente. Sem propriedade não poderia haver liberdade. E as regras que ligam as pessoas às coisas são justamente os Contratos. (...) O Contrato, no sistema francês, é posto como o ponto máximo do individualismo. O Contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes. Nesse sentido diz o art. 1.134 do Código francês: “As convenções feitas nos Contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei.” Não há outras limitações para o Contrato que não aquelas fundadas em interesse público.

A partir da idéia de que a vontade das partes seria o elemento nuclear da relação jurídica contratual, originou-se a idéia de que as partes poderiam contratar ou não contratar livremente, mas, uma vez feito o ajuste, o Contrato passaria a ter força obrigatória para as partes.

A Autonomia da Vontade incorporou-se definitivamente na teoria contratual clássica, de tal forma que se tornou seu fundamento. Dele derivaram os Princípios da Liberdade Contratual, da Força Obrigatória dos Contratos e da Relatividade dos Efeitos Contratuais. Também é considerado um derivado do Dogma da Autonomia da Vontade a teoria dos vícios do consentimento.

²²⁴ Considera-se que o sucesso do código francês é, na verdade, o sucesso da idéia de codificação. Os países de Direito escrito cederão, quase que unanimemente, a essa idéia (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil, 2003, p. 44).

²²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 392-393.

3.1.1 Princípio da Liberdade Contratual

Segundo o Princípio da Liberdade Contratual, cabe ao indivíduo decidir sobre sua vinculação a um Contrato, sem influências externas. Isto corresponde à sistemática de liberdade de mercado e de capitais, preconizada pelo liberalismo, em que a negociação de produtos e serviços tem a sua base nos Contratos realizados de livre e espontânea vontade.

Novais²²⁶ entende que esta é uma das formas de manifestação da Autonomia da Vontade, e que o “poder de auto-regular os próprios interesses, no âmbito do direito contratual, é o Princípio da liberdade de contratar”.

Pereira²²⁷ ensina que este Princípio se manifesta nos quatro momentos fundamentais da existência dos ajustes entre as partes: na liberdade de contratar ou abster-se de contratar; na liberdade de escolher o parceiro contratual e o tipo de negócio a realizar; na liberdade de determinar o conteúdo do Contrato e de redigir suas cláusulas segundo suas conveniências; e na liberdade de movimentar o aparelho coator do Estado para efetivar o cumprimento da avença.

O Princípio da Liberdade Contratual, em suas feições clássicas, era de aplicação bastante ampla, o que guardava coerência com o pensamento vigente de igualdade formal das partes, pois, como ensina Marques²²⁸,

a idéia de liberdade contratual preencheu três importantes

²²⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**, 2001, p. 56.

²²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 1999, p. 9-10.

²²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 48-49.

funções à época do liberalismo, (...). De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando assim de maneira optimal as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a livre concorrência. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurado a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, (...). A terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada como função “protetora”. (...) se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de defender-se contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade.

Ainda que existissem regras que parecessem obstaculizar a Liberdade Contratual, tais como as regras sobre a capacidade, estas mesmas regras, segundo a teoria contratual clássica, teriam somente o escopo de proteger a vontade dos indivíduos, o de fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e o de oferecer regras supletivas para as regras contratuais²²⁹.

3.1.2 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

Se o Contrato era celebrado entre pessoas livres para dispor o que quisessem, em igualdade de condições de negociação, logicamente, o que fosse avençado entre elas deveria ser cumprido com a máxima exatidão e pontualidade. É que determina o Princípio da Força Obrigatória dos Contratos, conhecido pela expressão latina *pacta sunt servanda*, que significa que os pactos devem ser cumpridos. Leciona Wald²³⁰ que

²²⁹ As limitações da Liberdade Contratual são dadas pela ordem pública e pelos bons costumes (GOMES, Orlando. **Contratos**, 1986, p. 27-29).

²³⁰ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos Contratos e o código civil. *In*: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-94, p. 83.

os pactos deviam ser respeitados religiosamente (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O Contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvados tão-somente os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

Assim, uma vez obedecidos os requisitos legais, o Contrato tornava-se obrigatório entre as partes. O Contrato constituiria uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual a do preceito legislativo, pois seria munido de uma sanção decorrente da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor.

O Princípio da Força Obrigatória do Contrato torna cogente o cumprimento da obrigação assumida, não se cogitando sobre eventuais mudanças que pudessem interferir no adimplemento desta obrigação, nem se o conteúdo do Contrato era injusto ou abusivo. Segundo este Princípio, os motivos que levaram o indivíduo a contratar seriam irrelevantes. Interessa, somente, o cumprimento do Contrato. Nas palavras de Pereira²³¹,

o Princípio da força obrigatória do Contrato significa, a irreversibilidade da palavra empenhada. O Princípio da força obrigatória do Contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Ao Direito caberia, somente, reconhecer esta força obrigatória. Ao Estado não era permitido modificar a vontade das partes;

²³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 1999, p. 10-11.

caber-lhe-ia, apenas, assegurar a que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.

3.1.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais

Já o Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais contém a idéia de que os efeitos do Contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não foi imposta pela lei nem derivou de seu querer.

Bierwagen²³² afirma que tal Princípio é coerente com o modelo clássico de Contrato, cuja finalidade era a satisfação de necessidades exclusivamente individuais das partes. Daí, afirma a autora, “ser inadmissível que o Contrato venha a operar efeitos sobre terceiros, como também que terceiros possam intervir nessa relação”.

O Contrato, dessa forma, vincularia apenas o patrimônio dos contratantes, e, somente em regime de exceção, poderia afetar bens de terceiros (como, por exemplo, nas estipulações legítimas em favor de outra pessoa)²³³.

3.1.4 teoria dos vícios do consentimento

Considerando que a vontade é o elemento criador das relações contratuais, um Contrato no qual a vontade não se manifestou livre e conscientemente, não poderia ser considerado verdadeiramente um Contrato. Deriva daí a teoria dos vícios do consentimento, segundo a qual:

²³² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 160p, p. 33.

²³³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 2001, p. 247-248.

a declaração da vontade é elemento essencial do negócio jurídico. Para que este validamente exista, é indispensável a presença da vontade e que esta haja funcionado normalmente. Só então o negócio produz os efeitos jurídicos colimados pelas partes. Tanto isso é verdade que se a vontade for inexistente o negócio jurídico existe apenas de fato na aparência, mas não no mundo jurídico, pois será nulo²³⁴.

A partir da teoria dos vícios do consentimento, a validade e a eficácia jurídica do Contrato mostrar-se-iam dependentes da vontade manifestada em sua criação. Embora a anulabilidade na validade e na eficácia do ato só ocorresse quando manifestado o interesse das partes neste sentido, com tal teoria evidenciou-se o interesse jurídico na identificação da vontade que servia de fonte e legitimação do Contrato.

3.2 PARADIGMAS DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Como visto alhures, para atender às exigências de rapidez nas negociações e de redução de custos, as empresas passaram a diminuir a possibilidade de discussão do conteúdo, do tipo e do efeito dos Contratos, com a adoção de métodos de contratação padronizada, tal como é o Contrato de Adesão. Assim, o Contrato passou a ser redigido conforme a vontade de apenas uma das partes, economicamente mais forte. À outra parte, economicamente mais fraca, somente restava aderir ao Contrato posto.

Verificou-se, então, que não existia nas relações contratuais padronizadas a livre manifestação da vontade tal qual entendia a teoria contratual clássica. A Autonomia da Vontade estava servindo apenas para justificar o predomínio dos interesses de uma parte sobre a

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1. Teoria geral do direito civil. 367p, p. 287-288.

outra numa relação contratual, como observou Bierwagen²³⁵:

[...] considerando que a massificação das relações contratuais é inegável fator de restrição à possibilidade de escolha, quer quanto aos sujeitos, quer com relação ao conteúdo do negócio atingindo não só Consumidores, mas também micro empresas, empresas de pequeno e médio porte - que para sua sobrevivência necessitam submeter-se ao poderio econômico de grandes corporações ou conglomerados -, é evidente que não se pode falar em paridade no momento da contratação e, conseqüentemente, em liberdade contratual.

O desequilíbrio e a desigualdade nestas relações contratuais foram um dos fatores que ensejou a ação intervencionista do Estado Contemporâneo. O Estado passou a intervir para assegurar a Igualdade Material entre as partes. Como explica Novais²³⁶:

passou-se a entender que a presumida igualdade, que a Autonomia da Vontade e a liberdade contratual, como seu reflexo, proporcionavam às partes, era apenas formal, não passando de utopia irrealizável, e que cabia ao Estado promover uma igualdade real, substancial, que fosse além daquela que estava apenas preconizada na ordem jurídica.

Começou-se, então, a relativizar a Autonomia da Vontade, de modo que os Princípios da Liberdade Contratual, da Força Obrigatória dos Contratos, da Relatividade dos Efeitos Contratuais e mesmo a teoria dos vícios do consentimento sofreram também profundas modificações.

O Contrato passou a ser entendido como mais um elemento de eficácia social, posto que deveria ser cumprido não unicamente em prol de uma das partes, mas como benefício da Sociedade.

²³⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 31-32.

²³⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**, 2001, p. 69-70.

Nas palavras de Venosa²³⁷:

No Contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. Assim, a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica.

Estes novos paradigmas alicerçam-se no entendimento de que o Contrato possui uma Função Social, devendo ser um instrumento a ser utilizado para o bem da Sociedade.

3.2.1 A Função Social do Contrato

Na concepção liberal, o Contrato estava relacionado aos valores de livre manifestação da vontade e ao direito de propriedade privada, e seus efeitos diziam respeito unicamente aos interesses das partes contratantes.

Todavia, hodiernamente, não importa mais só o momento da manifestação da vontade das partes, mas também, e principalmente, importam quais os efeitos que o Contrato tem na Sociedade e qual a condição social e econômica dos indivíduos nele envolvidos. Como ensina Lôbo²³⁸,

o Princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do Contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer Contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e

²³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 406.

²³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Porto Alegre, a. 53, n. 329, p. 9-19, mar. 2005, p. 13.

determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.

Segundo esta Função Social, toda conduta individual deve buscar harmonização com a conduta dos demais cidadãos, implicando, assim, em uma Sociedade mais equilibrada, pois, os atos do indivíduo não dizem respeito mais tão-somente à sua esfera patrimonial e moral, mas trazem conseqüências aos demais indivíduos que compõem a Sociedade. É o que ensina Santos²³⁹,

o Contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. (...) O Contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando também for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. (...) há o interesse de que o Contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o Contrato seja socialmente justo.

Isto porque, na medida em um contratante é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos. Da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. O Contrato cumpre com sua Função Social quando promove o desenvolvimento econômico e social²⁴⁰.

De acordo com a concepção clássica do Contrato, a relação contratual se entabulava de forma personalizada entre indivíduos em situação de igualdade, com o intuito principal de conservar a propriedade (adquirindo e dispondo). Todavia, a contratação padronizada trouxe a imposição do conteúdo dos Contratos pela parte economicamente mais forte, cujo objetivo precípua não era mais somente a conservação da propriedade, mas, sim, o lucro desmedido.

²³⁹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 155.

²⁴⁰ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 56.

É aí que Bierwagen²⁴¹ vê a conexão existente entre a Função Social da Propriedade e a Função Social do Contrato:

quando se estabeleceu uma nova dinâmica negocial baseada no lucro, (...) a expressão livre da vontade, foi substituída pela imposição do conteúdo pelos grandes capitalistas; o equilíbrio social foi minado pela desmedida exploração do mais fraco. Isso, em última instância, significava o exercício ilimitado e irrestrito do direito de propriedade, que se viabiliza através dos Contratos. Esta é, portanto, a ponte que comunica a função social da propriedade com a dos Contratos; na medida em que se impõe à propriedade uma função social, (...), a mesma razão pode-se-lhes aplicar, enquanto instrumento posto a serviço da circulação de riquezas (propriedade).

Uma vez que permite a justa circulação de riquezas, a Função Social do Contrato proporciona justiça social, tanto na ótica individual dos contratantes, quanto na ótica da coletividade, com o asseguramento do bem-estar coletivo.

A partir desta nova concepção de Contrato, o Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais, que era coerente com o modelo clássico, deixou de sê-lo em relação ao modelo contemporâneo. Atualmente, não se pode mais afirmar que o Contrato só opera seus efeitos entre as partes, pois o Contrato agora afeta toda uma sociedade.

Por isto, Bierwagen²⁴² explica que o Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato foi mitigado a partir da concepção de Função Social do Contrato, pois “o conceito de relatividade dos efeitos dos Contratos foi reestruturado pelo reconhecimento de seus efeitos a terceiros

²⁴¹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 42.

²⁴² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 53-54.

no cumprimento da função social". Santos²⁴³ chega a afirmar que "o Princípio da relatividade simplesmente não existe no tratamento das relações de consumo feito pelo direito brasileiro".

3.2.2 O Princípio da Boa-Fé

Como explica Novais²⁴⁴, a maioria da doutrina entende que a boa-fé possui dois sentidos diferentes. Ora é tratado como estado psicológico do agente, ora como regra de conduta. Da primeira concepção diz-se ser subjetiva; da segunda, objetiva.

3.2.2.1 Boa-Fé Subjetiva e Boa-Fé Objetiva

Na concepção subjetiva, o Princípio da Boa-Fé é o Princípio segundo o qual devem as partes agir de forma correta antes, durante e depois do Contrato. Tal concepção importa no exame do elemento subjetivo em cada Contrato, ao lado da conduta objetiva das partes.

Venosa²⁴⁵ descreve situações em que a boa-fé dos contratantes é analisada:

a parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o Contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o Contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé.

Já segundo a concepção objetiva, o Princípio da Boa-Fé

²⁴³ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 56.

²⁴⁴ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**, 2001, p. 72.

²⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos**, 2005, p. 408.

Objetiva é aquele segundo o qual as partes contratantes devem agir com lealdade e correção. Nas palavras de Novais²⁴⁶,

a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

Gomes²⁴⁷ explica que foi no direito germânico que a Boa-Fé Objetiva passou a ocupar espaço fundamental no direito das obrigações. Afirma o autor que:

a boa-fé germânica não levava em consideração o estado de ciência sobre determinada relação jurídica. Era muito mais afeita aos rituais sociais (juramentos solenes de honra) e à exterioridade; por isso, passou-se a denominá-la boa-fé objetiva. Para essa espécie de boa-fé, o que passa a ser fundamental é o *juízo da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da actuação jurídica medieval*. Daí resulta a objetividade, de modo que se poderá aferir se determinada conduta se deu de boa ou má-fé, com base no comportamento das pessoas externamente aferível.

Assim é que a Boa-Fé dos contratantes passou a ser analisada de forma objetiva, ou seja, a partir de um padrão de conduta, consolidado em valores como honra e lealdade, como assevera Venosa²⁴⁸:

o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como

²⁴⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**, 2001, p. 72.

²⁴⁷ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 133.

²⁴⁸ VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos**, 2005, p. 409.

uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Ainda que permaneça na doutrina o estudo sobre a Boa-Fé Subjetiva, foi o conceito de Boa-Fé Objetiva que se mostrou fundamental para a teoria contratual contemporânea. É que, hodiernamente, com o predomínio da parte economicamente mais forte nas relações contratuais, passou-se a exigir dos contratantes mais do que o estado psicológico de agir com boa-fé.

Tornou-se necessário que, desde a fase pré-contratual, os contratantes regrassem sua conduta com fundamento em valores tais como honestidade, retidão, lealdade e que, principalmente, considerassem o outro como um membro do conjunto social, sujeito de direitos, salvaguardando a sua dignidade.

3.2.2.2 Funções do Princípio da Boa-Fé Objetiva

O Princípio da Boa-Fé Objetiva adquiriu na teoria contratual contemporânea, funções diferenciadas: de interpretação, de integração, de otimização do comportamento contratual e de controle dos limites do exercício de um direito.

A Boa-Fé Objetiva tem hodiernamente uma **função interpretativa**, segundo o qual avalia-se tanto a responsabilidade pré-contratual como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. Na explicação de Bierwagen²⁴⁹,

ante dúvidas, obscuridades ou contradições resultantes dos termos empregados na elaboração do Contrato, (...) a boa-fé, (...) trata-se de um critério irrecusável no trabalho hermenêutico dos Contratos. Nesse sentido, caberá ao

²⁴⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 54.

intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, adaptando-lhe o teor do Contrato, mas também, na medida em que a boa-fé estabelece um modelo de comportamento, ordenando-lhes que procedam de forma leal e honesta, dirigindo a sua compreensão, também, pela idéia de conduta escoreita dos contratantes.

O Princípio da Boa-Fé pode funcionar, também como instrumento para suprimento de lacunas, desenvolvendo, assim, uma **função integrativa**. Em conformidade com este Princípio, obrigações que não foram explicitamente estabelecidas pelas partes são estabelecidas porque decorrem das expectativas consideradas legítimas que os contratantes nutrem em relação ao Contrato²⁵⁰.

Isto porque, como explica Santos²⁵¹, o Contrato não pode mais ser analisado apenas em seus termos. É preciso considerá-lo “num contexto significativo, num conjunto de circunstâncias concretas. (...) Serão os deveres de conduta do homem médio (...) que devem ser tidas por paradigma”. O Contrato deve atingir finalidade tal qual àquela que, razoavelmente, tendo em vista a realidade econômica-social, seria lícito esperar.

Outra função conferida ao Princípio da Boa-Fé Objetiva é a de **otimização do comportamento contratual**, da qual decorrem deveres anexos que se verificam na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Gomes²⁵² explica que, tradicionalmente, uma relação contratual impõe aos contratantes duas espécies de dever: os primários, consubstanciados na prestação objeto do Contrato, e os secundários, que ganham relevância no caso do descumprimento da avença contratual.

²⁵⁰ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 55.

²⁵¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**, 2004, p. 87.

²⁵² GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 162-163.

Ambos pressupõem, para a imposição, a existência do vínculo contratual.

Entretanto, o Princípio da Boa-Fé Objetiva dá azo a outros deveres não vinculados ao objeto principal da relação contratual, ou seja, deveres anexos. Como observou Novais²⁵³, isto ocorreu porque, segundo o Princípio, o Contrato não envolveria mais somente a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta. A autora exemplifica estes deveres anexos:

Entre os deveres com tais características encontram-se a título de exemplo: a) deveres de cuidado, previdência e segurança; b) deveres de aviso e esclarecimento; c) deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) deveres de colaboração e cooperação; f) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e g) deveres de omissão e de segredo etc.

A quarta função, qual seja, a **de controle dos limites do exercício de um direito**, surgiu da necessidade de coibir os abusos cometidos pela parte contratante economicamente mais forte, permitidos pela concepção de Autonomia da Vontade, orientador da teoria contratual clássica.

Como explica Bierwagen²⁵⁴, sob o manto da Autonomia da Vontade, ocorreram “determinados comportamentos que, não obstante se mostrarem lícitos, nem por isso se adaptam aos padrões éticos propostos pela boa-fé, e, por isso, devem ser limitados”. O Princípio da Boa-Fé Objetiva exerce, então, a função de controlar o exercício dos direitos dos contratantes, quando o seu ilimitado e irrestrito exercício possa negligenciar os deveres de lealdade e honestidade.

²⁵³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**, 2001, p. 78.

²⁵⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003. p. 56.

Gomes²⁵⁵ identifica esta função do Princípio da Boa-Fé Objetiva como sendo uma função de proteção do equilíbrio na relação contratual, ao lado da função limitadora ao exercício de direitos. Esta função, ao coibir qualquer abuso de uma parte sobre a outra, orientaria a conduta contratual a ser desenvolvida, permitindo a revisão judicial do Contrato na busca pelo equilíbrio entre as partes contratantes²⁵⁶.

Decorre, também, do Princípio da Boa-Fé Objetiva a **Teoria da Confiança**, que tem por escopo a proteção prioritária das expectativas legítimas que nasceram no contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro²⁵⁷. Nas palavras de Barletta²⁵⁸,

tal teoria não se baliza apenas no elemento declarado quando interpreta o negócio jurídico, mas também, e principalmente, na confiança despertada em ambos os contratantes, que, de boa-fé, acreditam que a declaração manifestada pelo outro contratante corresponda efetivamente a sua vontade. [...] A base da *teoria da confiança* revela-se diversa, pois, em vez de se firmar no conteúdo declarado em si para interpretar o negócio jurídico, encontra subsídio na noção de boa-fé da parte que tomou conhecimento da declaração e que, de boa-fé, confiou no conteúdo declarado.

A Teoria da Confiança significa, portanto, um aperfeiçoamento da teoria dos vícios do consentimento. Desta teoria foi retirada, por exemplo, a idéia de erro, como falsa visão da realidade, que se

²⁵⁵ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 166-167.

²⁵⁶ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 167-179.

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 233.

²⁵⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, 228p, p. 45.

transformou no dever de os Fornecedores informarem os Consumidores acerca dos bens e serviços oferecidos. Procura-se, com a proteção da confiança, tornar o mercado um local seguro, onde possa haver harmonia e lealdade nas relações entre Consumidores e Fornecedores e onde não se necessite sempre “desconfiar” do outro²⁵⁹.

3.2.3 O Princípio de Equivalência Material

Lôbo entende que talvez uma das maiores características da teoria contratual na atualidade seja a busca pelo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis²⁶⁰.

Pelo Princípio da Equivalência Material se busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no Contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses, Desta forma,

o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do Contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária²⁶¹.

Através da revisão contratual, busca-se a manutenção da relação jurídica contratual, de modo a reequilibrá-la. O contratante que se considerar prejudicado poderá, apoiando-se no Princípio da Equivalência Material, buscar o provimento jurisdicional para re-equilibrar a relação contratual.

²⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 232/239.

²⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi**, 1999.

²⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 14.

Diante de tal possibilidade, tem-se mais uma exceção ao Princípio da Força Obrigatória dos Contratos, pois a partir do Princípio da Equivalência Material, aquele já não é mais absoluto.

Como visto, pelo Princípio da Força Obrigatória do Contrato, uma vez que as partes se tenham submetido às condições entre elas estabelecidas para a concretização do negócio, tais disposições passam a ter força obrigatória, não podendo as partes furtar-se ao seu cumprimento. Assim, mesmo que acontecesse uma alteração fática que compromettesse o cumprimento do Contrato, não haveria para as partes a possibilidade de revisar as condições contratuais.

Todavia, a partir da observação de que um fato superveniente, estranho ao pacto inicialmente celebrado, poderia alterar e desequilibrar a relação contratual, quebrando a base objetiva do negócio jurídico, o Princípio clássico da Força Obrigatória do Contrato foi mitigado e passou a ser entendido no sentido de que “o Contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”²⁶².

Com a necessidade de reequilibrar a relação contratual, permitiu-se a revisão dos Contratos de trato sucessivo ou de execução diferida no tempo (Contratos de execução continuada) em decorrência de evento superveniente. Utilizam-se, para tanto, os preceitos da Cláusula *Rebus sic Stantibus*, da Teoria da Imprevisão e da Teoria da Onerosidade Excessiva.

A Cláusula *Rebus sic Stantibus* é conhecida desde o império romano²⁶³, e consiste, como explica Bierwagen²⁶⁴, em uma “disposição implícita, presente em todos os Contratos de execução

²⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 14.

²⁶³ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do Contrato e boa-fé, 2004, p. 170.

²⁶⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003. p. 72.

continuada ou diferida, que permite a sua revisão ou resolução em virtude de eventos imprevisíveis e extraordinários”.

Enquanto a Cláusula *Rebus sic Stantibus* é uma disposição implícita, a Teoria da imprevisão consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do Contrato diante da “presença de um fator exógeno imprevisível que modifica a relação contratual”²⁶⁵. Bierwagen²⁶⁶ assevera que, na prática, a Teoria da Imprevisão é viabilizada pela aplicação da Cláusula *Rebus sic Stantibus*.

A revisão contratual pautada pela Teoria da Onerosidade Excessiva diz respeito à possibilidade de o contratante pleitear a modificação da prestação contratual em razão de ela ter-se tornado mais gravosa do que era no momento em que surgiu.

Segundo Barletta, somente as prestações duradouras ou periódicas, ou seja, que se prolongam no tempo ou se repetem, mas que dizem respeito a uma mesma relação obrigacional, podem ser objeto de revisão, pois “as obrigações instantâneas, que se realizam num só momento, não tem tempo para resultar excessivamente onerosas por motivos supervenientes”²⁶⁷.

Gomes ressalta²⁶⁸ que a quebra da base do negócio jurídico que permite a revisão contratual diz respeito a condições concretamente verificáveis, alheias à consciência dos contratantes. Segundo Gomes,

²⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de Direito Civil - Contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies**, p. 76.

²⁶⁶ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 72.

²⁶⁷ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do Consumidor**, 2002, p. 140.

²⁶⁸ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do Contrato e boa-fé**, 2004, p. 175.

basta que o fato gerador seja alheio à conduta objetiva das partes, extraordinário (*transformação fundamental*) e imprevisível (*que as partes não haviam pensado*), provocando desproporção entre a obrigação que foi assumida no Contrato celebrado em determinada situação de fato.

O fundamento da possibilidade da revisão contratual está, portanto, no sentido de adaptar o Contrato à situação diversa daquela do momento da contratação, pois assegurando a equivalência material entre os contratantes, garante-se a continuidade da relação contratual, de modo que se prioriza a Função Social do Contrato.

3.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL SEGUNDO A TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

A CRFB/88 permitiu uma intervenção estatal mais intensa na atividade econômica, na busca por justiça social. A partir dela, foram editadas leis coerentes com os Princípios Constitucionais da atividade econômica, tais como a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispôs sobre a proteção do Consumidor, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil.

O direito contratual contemporâneo reflete os novos paradigmas da teoria contratual, de forma a consagrar os Princípios da Função Social, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material.

3.3.1 O Código de Defesa do Consumidor

Pasqualotto²⁶⁹ explica que o surgimento do Código de

²⁶⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. O código de defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. **Ministério Público de Santa Catarina**, Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/porta/ca/cco/doutrina/indice_artigos.htm>. Acesso em: 03 mai. 2005.

Defesa do Consumidor no cenário jurídico brasileiro ocorreu num momento de grande defasagem do Direito Civil frente à realidade social. O Código Civil de 1916 encontrava-se superado pelas grandes transformações políticas, econômicas e sociais havidas no século XX.

Iniciou-se, então, um processo de intervenção do Estado na atividade econômica através de leis infraconstitucionais. Primeiro, foram as relações trabalhistas que passaram a ser reguladas por leis especiais. Depois, o direito de família. A seguir, sucessivas leis especiais de inquilinato²⁷⁰
271.

O Código de Defesa do Consumidor decorre do cumprimento do Princípio Constitucional de defesa do Consumidor, previsto no inciso V do artigo 170 da CRFB/88, e é considerado uma das mais importantes realizações legislativas dos Princípios Constitucionais da atividade econômica.

Num contexto de transformação da teoria contratual, como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor aparece como conseqüência destes novos paradigmas. Conforme Marques²⁷², o Código de Defesa do Consumidor

representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações

²⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. O código de defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. **Ministério Público de Santa Catarina**, 2005.

²⁷¹ Este processo tem sido denominado de Publicização do Direito Civil, que significa a crescente intervenção estatal, principalmente no âmbito legislativo infraconstitucional, como forma de garantir a tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do Consumidor (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. **Jus Navigandi**, 1999).

²⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 222.

contratuais entre Fornecedor e Consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, sendo reflexo da nova teoria contratual, traz uma concepção de Contrato diferente daquela da teoria contratual clássica.

Segundo Lôbo²⁷³, os Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material estariam referidos no artigo 4^o²⁷⁴ do Código de Defesa do Consumidor, não especificamente dos Contratos, mas do sistema nacional das relações de consumo. O Princípio da Função Social estaria implícito no trecho do inciso III²⁷⁵ do artigo 4^o, que fala da compatibilização da proteção do Consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, enquanto os Princípios da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material estariam subentendidos nas palavras "transparência", "boa-fé", "informação"²⁷⁶, "vulnerabilidade"²⁷⁷, "harmonização dos interesses" e "equilíbrio nas relações".

²⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os Princípios sociais dos Contratos no CDC e no novo código civil. **Mundo Jurídico**, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto444.doc>>. Acesso em: 11 jun. 2003.

²⁷⁴ **Artigo 4º.** 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: (...).

²⁷⁵ **Artigo 4º.** (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do Consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os Princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre Consumidores e Fornecedores.

²⁷⁶ **Artigo 4º.** (...) IV – educação e informação de Fornecedores e Consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

²⁷⁷ **Artigo 4º.** (...) I – o reconhecimento da vulnerabilidade do Consumidor no mercado de consumo.

Marques²⁷⁸ verifica que, na concepção de Contrato trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, as limitações à liberdade contratual estão presentes em novas normas sobre a oferta e recusa da oferta, na possibilidade de que novas obrigações venham a ser inseridas no Contrato em virtude de lei ou de ato judicial, na avaliação do tempo de formação e de execução do Contrato e na imposição de novos riscos aos Fornecedores.

O Contrato, no Código de Defesa do Consumidor, tem sua obrigatoriedade atenuada. A partir dele, é a lei que irá legitimar o vínculo contratual e protegê-lo, permitindo-se o controle do conteúdo do Contrato, com a supressão de cláusulas abusivas, aceitando-se a revisão contratual e ampliando-se os efeitos do Contrato²⁷⁹.

O Código de Defesa do Consumidor exerceu grande influência em toda a legislação contratual posterior a ele, havendo autores que acreditam ser o Código o próprio fator de transformação da teoria contratual contemporânea²⁸⁰.

3.3.2 O Código Civil de 2002

Após 27 anos de tramitação legislativa, foi aprovado, através da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil brasileiro, revogando a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

²⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 223-226.

²⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 226-232.

²⁸⁰ Como Novais, para quem a teoria contratual se viu totalmente influenciada pelo Código de Defesa do Consumidor, vendo transformados, a partir de então, seus paradigmas pela adoção de novos Princípios fundamentais, como a boa-fé objetiva e a tutela do contratante débil, os quais devem permear a realização de qualquer Contrato (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**, 2001, p. 151.

O Código de 1916, inspirado na codificação francesa do período napoleônico, orientava-se por Princípios patrimonialistas e individualistas, coerentes com as idéias liberais dominantes²⁸¹. Como visto, no modelo clássico, o Contrato regia-se pelos Princípios da Liberdade Contratual, da Força Obrigatória e da Relatividade dos Efeitos.

O novo Código, porém, assim como o Código de Defesa do Consumidor, tem como paradigma a funcionalização do Contrato a fins sociais, equilibrando os interesses individuais e sociais²⁸², em conformidade com os Princípios da atividade econômica consagrados na CRFB/88. Como expõe Azevedo²⁸³,

pelos Contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão. (...) O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o Contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais (...).

O Código Civil de 2002 inovou ao estabelecer que todos os Contratos devem atender a uma Função Social²⁸⁴ e estarem calcados no Princípio da Boa-Fé Objetiva²⁸⁵. Considera-se que, neste ponto, o Código Civil foi mais incisivo que o Código de Defesa do Consumidor. Como assinala

²⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos, 2005, p. 392-393.

²⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 10.

²⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do Contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, a. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003, p. 10-11.

²⁸⁴ **Artigo 421**. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do Contrato.

²⁸⁵ **Artigo 422**. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do Contrato, como em sua execução, os Princípios de probidade e boa-fé.

Lôbo²⁸⁶:

o novo Código Civil traz menção expressa à “função social do Contrato” (art. 421) e, nesse ponto, foi mais incisivo que o Código de Defesa do Consumidor. Também fica consagrado, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva, exigível tanto na conclusão quanto na execução do Contrato (art. 422).

Através do Código Civil de 2002, positivou-se no **artigo 480**²⁸⁷ a Teoria da Imprevisão²⁸⁸ e a Teoria da Onerosidade Excessiva²⁸⁹, foram incluídas normas que refletem o Princípio da Equivalência Material, tais como os artigos 423 e 424, que disciplinam o Contrato de Adesão²⁹⁰.

Observa Lôbo²⁹¹ que o Código Civil adotou os Princípios sociais do Contrato uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor e quase um século de concepção e vigência do anterior Código Civil. Mesmo assim, a adoção de tais Princípios pelo Código Civil, em atitude corolária da intervenção do Estado na atividade econômica, deve ser reconhecida como uma conquista da Sociedade, que transformou definitivamente os contornos da teoria contratual.

²⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 12.

²⁸⁷ **Artigo 480**. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

²⁸⁸ Conforme FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, 1844p, p. xxix, e AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do Contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). **Revista Jurídica**, 2003, p. 10-11.

²⁸⁹ De acordo com AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do Contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). **Revista Jurídica**, 2003, p. 20-23.

²⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 12.

²⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos Contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, mar. 2005, p. 17.

Capítulo 4

OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O “DIÁLOGO DAS FONTES”

4.1 OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL

Como visto, embora o Contrato de Adesão tenha natureza jurídica contratual, ele não pode ser interpretado do mesmo modo que os Contratos comuns, pois, é uma relação jurídica em que há o predomínio da vontade de uma das partes, de modo que a interpretação dos Contratos de Adesão comporta liberdade que não se admite na interpretação dos Contratos comuns²⁹². Esta é a tônica da previsão do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.

4.1.1 O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor

Segundo Novais²⁹³, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei brasileira a disciplinar o Contrato de Adesão, tendo-o feito

²⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*, 1987, p. 138-139.

²⁹³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor*, 2001, p. 103.

no artigo 54 e seus parágrafos:

Artigo 54. 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.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do Contrato.

§ 2º Nos Contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao Consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os Contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo Consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do Consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Como visto alhures, o conceito de Contrato de Adesão, adotado pelo legislador brasileiro, foi trazido por este artigo. Está presente neste conceito a característica principal desta técnica de contratação, qual seja, a elaboração unilateral das cláusulas por uma das partes (Fornecedor), sem que haja a possibilidade de que a outra parte (Consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do Contrato escrito.

Mesmo que seja inserida cláusula no formulário, como, por exemplo, sobre preço, condições, data da entrega, o instrumento não se descaracteriza como sendo um Contrato de Adesão (§ 1º do artigo 54).

Considerando que num Contrato de Adesão não há possibilidade de discussão sobre suas cláusulas, os §§ 2º, 3º e 4º do artigo 54 vão demonstrar o cuidado do legislador em proteger o Consumidor contra os abusos comumente cometidos pelo Fornecedor de produtos e serviços que pré-elabora o Contrato.

Porém, verifica-se que não há no artigo 54 nem em seus parágrafos regras para interpretação dos Contratos de Adesão, que devem ser analisados, então, a partir do artigo 54, mas em conjunto com outras normas do Código de Defesa do Consumidor.

Transparece no § 2º do artigo 54, que trata do final do vínculo, o cuidado com a confiança depositada pelo Consumidor na manutenção do Contrato, ainda mais se é Contrato de execução continuada. De acordo com referido parágrafo, pode haver no Contrato de Adesão cláusula que disponha sobre o fim do vínculo, contudo, a escolha entre terminar o vínculo ou continuá-lo deve ser do Consumidor.

Como explica Barletta²⁹⁴, o que se pretende com tal norma é mais a continuação do vínculo do que seu término, pois o Código de Defesa do Consumidor permite a modificação de cláusulas contratuais que se tornaram onerosas para o Consumidor:

a Lei n. 8.078/90 permite a modificação judicial das cláusulas contratuais num Contrato de consumo em caso de lesão, (...), e prefere a revisão contratual em caso de onerosidade excessiva posterior à contratação à sua extinção. Opta-se, pois, pela conservação do vínculo e pela revisão das prestações que se tornaram exorbitantes para o Consumidor. A lei dispõe nesse sentido a fim de, mantendo o vínculo contratual, preservar as legítimas expectativas no mercado de consumo, com base nos Princípios do equilíbrio das prestações e da boa-fé objetiva.

Já os §§ 3º e 4º do artigo 54 transmitem a preocupação com a transparência na formação do vínculo, impondo aos Fornecedores que utilizarem Contratos de Adesão que sejam estes “redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo Consumidor” (§ 3º do artigo 54), e que as cláusulas que

²⁹⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do Consumidor**, 2002, p. 129.

implicarem limitação de direito do Consumidor sejam “redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão” (§ 4º do artigo 54).

Os §§ 3º e 4º do artigo 54 tornam mister que o Consumidor tenha conhecimento sobre o conteúdo das cláusulas predispostas. É que, em já não havendo possibilidade de negociação das cláusulas, se exige, ao menos, que o Consumidor as conheça, pois é a partir deste conhecimento que o Consumidor escolherá aderir ou não ao Contrato. É o que ensinam Fiúza e Roberto²⁹⁵:

para que esse consentimento tenha o condão de aperfeiçoar o vínculo contratual, é imprescindível que o aderente conheça o conteúdo das cláusulas predispostas. (...) se exige que o empresário informa a seus clientes que cláusulas contratuais gerais serão usadas nos futuros Contratos. Essa informação deve ser prestada antes da celebração dos Contratos, não bastando que o aderente receba, depois de formado o vínculo, um recibo com as cláusulas contratuais gerais impressas no verso.

Estes parágrafos estão relacionados à norma do artigo 46²⁹⁶ do Código de Defesa do Consumidor, o qual assegura que 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.

Com isto, além de o Fornecedor ter o dever de informar previamente o Consumidor do conteúdo do Contrato, tem de fazê-lo sem usar de artifícios como letras miúdas ou disposição confusa das cláusulas. É

²⁹⁵ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o Novo Código Civil, 2002, p. 119.

²⁹⁶ **Artigo 46.** 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.

um dever de informar ao lado do dever de clareza nas informações. Como explicam Marques, Vasconcellos e Miragem²⁹⁷,

se lidos em conjunto, os arts. 46 e 54, especialmente os §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, impõem aos Fornecedores de serviços e produtos no mercado brasileiro um dever de clareza na relação dos Contratos de consumo, em especial nos Contratos por adesão, e um dever de destacar aquelas cláusulas limitativas dos direitos dos Consumidores, sem prejuízo que sejam estas mais tarde consideradas abusivas ou não (art. 51, I, do CDC).

O Fornecedor sofre sanções caso não cumpra com tais deveres. Se não informar previamente o Consumidor sobre o conteúdo do Contrato de Adesão, o mesmo não obrigará ao Consumidor, como preconiza o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, faltando o Fornecedor com o dever de clareza, ou seja, redigindo cláusulas confusas, estas cláusulas serão sempre interpretadas de maneira mais favorável ao Consumidor, tal como determina o artigo 47²⁹⁸ do Código de Defesa do Consumidor.

Além destas sanções, está previsto no artigo 51²⁹⁹ do

²⁹⁷ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 567.

²⁹⁸ **Artigo 47.** As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao Consumidor.

²⁹⁹ **Artigo 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

Código de Defesa do Consumidor um rol de cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito, e que, estando inseridas em um Contrato de Adesão, deverão ser dele extirpadas a fim de manter o equilíbrio contratual.

O artigo 54 e seus parágrafos atuam sob a égide do Princípio Constitucional de defesa do Consumidor e dos Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, pilares da teoria contratual contemporânea, uma vez que protegem o Consumidor contra abusos cometidos pelo Fornecedor em um Contrato de Adesão, impondo deveres de informação, transparência e clareza.

4.1.2 Os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002

No Código Civil de 2002, a matéria está prevista nos artigos 423 e 424, *in verbis*:

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. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os Princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do Contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o Consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do Contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 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. § 3º (Vetado). § 4º É facultado, a qualquer Consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Artigo 423. Quando houver no Contrato de Adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Artigo 424. Nos Contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O artigo 423 determina que se interprete mais favoravelmente ao aderente sempre que houver cláusulas ambíguas ou contraditórias. Esta norma decorre do fato de que num Contrato de Adesão não há possibilidade de discussão na elaboração das cláusulas, Conforme Bierwagen³⁰⁰ afirma,

tal disposição justifica-se plenamente pela impossibilidade ou mínima liberdade que existe ao aderente no debate das condições do Contrato, situação que exige o estabelecimento de uma vantagem à parte mais vulnerável, de forma a amenizar o desequilíbrio na relação contratual provocado pela posição de superioridade que goza a parte que impõe os seus termos.

Já o artigo 424 visa proteger os direitos que resultam da natureza do negócio. Surgiu devido à prática comercial de excluir por meio de cláusulas pré-redigidas direitos como a reparação por danos decorrentes de defeitos da coisa ou pela má prestação de serviços, a reparação por danos decorrentes de defeitos da coisa ou pela má-prestação de serviços etc.

Bierwagen³⁰¹ esclarece que, por força do artigo 423, tal cláusula é nula e, assim sendo, não possui qualquer valor jurídico, considera-se não-escrita, o que significa:

³⁰⁰ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 95.

³⁰¹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no novo Código Civil**, 2003, p. 96.

não convalesce com o tempo, podendo ser alegada a qualquer momento; pode ser reconhecido *ex officio* pelo magistrado; e, por fim, o reconhecimento da nulidade produz efeitos *ex tunc* (retroativos), de forma que os atos praticados em conformidade com essa cláusula podem ser desfeitos e ensejar perdas e danos, se for o caso.

O fato de o Código Civil de 2002 ter recepcionado o Contrato de Adesão representa uma evolução, pois reconhece que mesmo entre profissionais e entre empresas a idéia de paridade nem sempre está assegurada³⁰². Mesmo assim, tem havido críticas a essa previsão.

Alves³⁰³ entende que o Código Civil de 2002 teria tratado timidamente dos Contratos de Adesão em comparação ao Código de Defesa do Consumidor, pois lhe dedicou apenas dois de seus dispositivos. Na sua opinião, o aderente deveria ter tratamento idêntico ao Consumidor.

Albuquerque³⁰⁴ também acredita que o Código Civil deveria ter seguido a mesma linha adotada pelo Código de Defesa do Consumidor referentes ao Contrato de Adesão:

a codificação apesar de ter estabelecido o Princípio da interpretação mais favorável em favor da parte mais fraca da relação, materializando o Princípio da equivalência contratual, e impondo nulidade às cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, nem de perto, insistimos, se aproximou do tratamento minucioso conferido pelo Código de Defesa do Consumidor (...). A codificação optou pelo tratamento genérico.

³⁰² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de Adesão no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3914>>. Acesso em: 03 maio 2005.

³⁰³ ALVES, Jones Figueirêdo Alves. Comentários aos artigos 421 a 729. *In*: FLÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 375-377.

³⁰⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de Adesão no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, 2003.

Ainda que o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 possa ser considerado mais geral em relação ao Código de Defesa do Consumidor, parece ser compatível com os Princípios da Boa-Fé, da Função Social e da Equivalência Material, pilares da teoria contratual contemporânea.

Contudo, esta diferente previsão provocou a discussão sobre possíveis conflitos entre as normas e a existência de Antinomias, tendo em vista que o Código Civil de 2002, apesar de ser lei geral, é mais nova que o Código de Defesa do Consumidor.

4.1.3 Antinomia aparente entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002

A dúvida sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 a Contratos de Adesão surgiu com o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei a reger esta técnica de contratação e, somente anos depois, é que se fez presente na lei geral do direito civil esta previsão. Porém, há um tratamento diferenciado ao Contrato de Adesão nestas leis, pois, enquanto o primeiro trata mais detalhadamente do Contrato de Adesão, conceituando-o, inclusive, o segundo trata-o de forma mais genérica.

Considerando que o Código Civil de 2002 é lei posterior ao Código de Defesa do Consumidor, seria possível a existência de conflito entre estas normas e eventuais derrogações.

Contudo, deve-se ressaltar, inicialmente, que, embora haja a possibilidade de conflito entre as regras, não há conflito entre os Princípios, considerando que tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil de 2002 estão baseados nos mesmos Princípios que norteiam a teoria contratual contemporânea, quais sejam, o Princípio da

Função Social dos Contratos, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material. Também ambos estão de acordo com os Princípios Constitucionais da atividade econômica, em especial o Princípio da Função Social e o de defesa do Consumidor.

Desta forma, embora o Contrato de Adesão esteja regido diferentemente pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002, o artigo 54 e parágrafos daquele e os artigos 423 e 424 deste refletem os mesmos Princípios, não havendo conflito entre eles. Como Venosa³⁰⁵ afirma, “o novo Código Civil não suprime ou derroga qualquer dos Princípios do estatuto do Consumidor”.

Outra ressalva que se aponta é a de que o Código Civil de 2002 não traz regras processuais sobre os Contratos, somente regras materiais. Disto decorre que as regras sobre Contratos no Código Civil de 2002 não retroagem a Contratos assinados anteriormente à sua entrada em vigor. A estes, continuam aplicáveis o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1916³⁰⁶.

Feitas estas ressalvas, permanece a dúvida sobre a aplicabilidade do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002 a Contratos de Adesão firmados após a entrada em vigor da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

³⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. O código do Consumidor e o código civil. **Ministério Público Federal**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/3camara/noticias/Codigo_Consumidor_CodigoCivil.html>. Acesso em: 26 fev 2004.

³⁰⁶ Veja-se o teor do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, que admite a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da sua entrada em vigor, segundo as leis anteriores. Somente seus efeitos, produzidos após a vigência do Código, a ele se subordinam. Todavia, o parágrafo único deste artigo ressalva que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar Normas de ordem pública, a fim de assegurar a Função Social dos Contratos, podendo, nestes casos, ser aplicado o Código Civil de 2002 mesmo a Contratos anteriores à sua vigência (conforme MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 554).

Bobbio³⁰⁷ ensina que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas fazem parte de um conjunto onde se relacionam entre si. Denomina-se ordenamento jurídico a este conjunto de normas.

Se um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, é preciso verificar como estas normas se relacionam entre si. Uma das maneiras de se analisar o relacionamento entre as normas é a partir da idéia de que elas devem constituir um sistema, ou seja, se há coerência entre elas³⁰⁸. Como explica Bobbio³⁰⁹:

entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência, e em que condições é possível essa relação.

Se o ordenamento jurídico constitui um sistema, não poderiam nele coexistir normas incompatíveis. Todavia, existem normas que podem conflitar entre si. Esta situação de incompatibilidade, de conflito de normas tem a denominação de Antinomia. No conceito de Diniz³¹⁰, “Antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”.

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradutor: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, 184p, p. 33. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

³⁰⁸ Também se analisa se o conjunto de Normas constitui uma unidade e se é completo. O primeiro problema diz respeito à hierarquia entre as Normas; o outro, às lacunas. Sobre o assunto, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999.

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 71.

³¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998, 108p, p. 19.

Bobbio³¹¹ explica que haverá Antinomia quando uma norma obriga e a outra proíbe, quando uma obriga e a outra permite, ou quando uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Ressalta, porém, que estas duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico e devem ter o mesmo âmbito de validade para que se configure uma Antinomia entre elas.

Diniz³¹² afirma que a Antinomia tem sido um fenômeno muito comum no Brasil devido à multiplicação de leis. Todavia, a idéia de coerência do ordenamento jurídico exige que se expurgue do sistema qualquer contradição, devendo ser encontrada a solução dos conflitos normativos, tentando harmonizar os textos legais.

Apontam-se os seguintes critérios para a solução das Antinomias: o critério hierárquico; o critério cronológico; e o critério da especialidade.

O primeiro critério baseia-se na ordem hierárquica existente entre as normas, de modo que a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a norma hierarquicamente inferior (*lex superior derogat inferiori*). O segundo critério significa que a norma editada em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz (*lex posterior derogat legi priori*). O terceiro critério é aquele pelo qual prevalece a norma especial sobre a norma geral (*lex specialis derogat generali*).

Contudo, Diniz³¹³ ressalta que podem existir situações nas quais surgem Antinomias entre os próprios critérios de solução de Antinomias. Isto ocorre quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios, porém, eles não poderiam ser utilizados ao mesmo tempo porque a aplicação de um critério levaria à preferência de uma das normas e a de

³¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 86-87.

³¹² DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**, 1998, p. 15.

³¹³ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**, 1998, p. 49.

outro resultaria na escolha da outra norma.

Este conflito entre os critérios é denominado por Diniz³¹⁴ de Antinomia de Segundo Grau, que assim se estabelece:

ter-se-á Antinomia de Antinomias, ou seja, *Antinomia de segundo grau*, quando houver conflito entre os critérios: a) *hierárquico e cronológico*, hipótese em que sendo uma norma anterior-superior antinômica a uma posterior-inferior, pelo critério hierárquico deve-se optar pela primeira e pelo cronológico, pela segunda; b) *de especialidade e cronológico*, se houver uma norma anterior-especial conflitante com uma posterior-geral; seria a primeira preferida pelo critério de especialidade e a segunda, pelo critério cronológico; c) *hierárquico e de especialidade*, no caso de uma norma superior-geral ser antinômica a uma inferior-especial, em que prevalece a primeira, aplicando-se o critério hierárquico e a segunda, utilizando-se o da especialidade.

Bobbio³¹⁵ ensina que o primeiro conflito, entre o critério hierárquico e o cronológico, resolve-se pela prevalência do critério hierárquico sobre o cronológico, de modo que “tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior”. O segundo conflito, entre os critérios de especialidade e cronológico, soluciona-se fazendo valer o critério de especialidade, ou seja, “a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”. O terceiro conflito, entre os critérios de hierarquia e de especialidade, seria o mais difícil de ser resolvido, não existindo uma regra geral consolidada. A solução dependerá do intérprete, “o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias”.

Voltando à análise das normas sobre Contratos de Adesão presentes no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, realmente poderia haver Antinomia entre elas, e, até mesmo, uma Antinomia de Segundo Grau, uma vez que o Código de Defesa do

³¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**, 1998, p. 49.

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 107-109.

Consumidor é uma lei especial e anterior e o Código Civil de 2002 é uma lei geral, mas posterior³¹⁶.

Pelo critério cronológico de solução de Antinomias, a lei posterior revogaria a anterior, ou seja, as normas sobre Contratos de Adesão do Código Civil de 2002 revogariam as normas do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, pelo critério de especialidade, prevaleceriam as normas deste em relação às do Código Civil de 2002.

No conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, vale o critério de especialidade, de modo que permaneceria aplicável aos Contratos de Adesão o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor em detrimento aos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.

Todavia, esta Antinomia entre o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002, seria apenas aparente, pois o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor não é o mesmo do Código Civil de 2002. Enquanto aquele é voltado para as Relações de Consumo³¹⁷, este é voltado para as demais relações civis e comerciais, que não de consumo. É o que afirmam Marques, Vasconcellos e Miragem³¹⁸:

subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial,

³¹⁶ Fornece-se outros exemplos de Antinomias entre estas duas leis, tais como: entre o artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 478 do Código Civil de 2002, que tratam da Onerosidade Excessiva; entre os artigos 35 e 48 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 11, 427, 428 e 463, parágrafo único do Código Civil de 2002 (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 557-558).

³¹⁷ A Relação de Consumo é o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição, pelo Consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao Fornecedor (LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, 86p, p. 5).

³¹⁸ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 31.

regulando a relação entre Fornecedor e Consumidor (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29) ou Relação de Consumo (arts. 4º e 5º). Já o campo de aplicação do CC/2002 é geral: regula toda relação privada não privilegiada por uma lei especial. Um, o CDC, é microsistema especial, um Código para agentes “diferentes” da sociedade ou Consumidores, em relações entre “diferentes” (um vulnerável – o Consumidor – e um expert – o Fornecedor). O outro, o CC/2002, é um Código geral, um Código para os iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais puras. Logo, não haveria colisão possível entre estas duas leis (...).

Está-se diante do pressuposto analisado por Bobbio³¹⁹ de que, para haver Antinomia entre duas normas, é preciso que o âmbito de validade delas seja o mesmo:

para que possa ocorrer Antinomia são necessárias duas condições, (...) 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. (...) 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal e material*.

Embora os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002 regulem de maneira diferente os Contratos de Adesão, não haveria, portanto, Antinomia entre eles, pois que teriam âmbitos de aplicação distintos: enquanto o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor volta-se aos Contratos de Adesão oriundos de uma Relação de Consumo, os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002 aplicam-se aos demais Contratos de Adesão não com esta origem.

4.1.4 Âmbito de aplicação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, segundo os conceitos de Consumidor e Fornecedor

Destacou-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu em atenção ao mandamento constitucional previsto no artigo 170,

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1999, p. 86-88.

inciso V, qual seja, a defesa do Consumidor. É um Código voltado para a proteção daquela que é considerada a parte mais vulnerável em uma Relação de Consumo, o Consumidor. Sendo voltado para determinado sujeito e para determinado fim, através do estudo dos conceitos de Consumidor e de Fornecedor seria possível delimitar o campo de aplicação desta lei.

Consumidor, segundo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.³²⁰

A figura do Consumidor poderia ser pensada de duas maneiras: uma subjetiva e outra objetiva. Subjetivamente, o Consumidor seria um não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. Objetivamente, o Consumidor seria aquele que adquire ou utilize determinado bem como destinatário final. Na explicação de Novais³²¹,

o Consumidor é, então, de acordo com a concepção subjetiva, um não-profissional, isto é, aquele que adquire um produto ou utiliza um serviço de forma privada, não incrementando o seu processo produtivo. (...) o elemento objetivo (...) leva em conta mais o ato de consumo do que a pessoa do Consumidor, já que considera Consumidor aquele que realiza tais atos, no sentido de se encontrar em posição de destinatário final do produto ou serviço.

O legislador brasileiro parece ter preferido uma definição

³²⁰ “O Código de Defesa do Consumidor equipara à figura do Consumidor: a) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único) (...); b) todas as vítimas do acidente de consumo (art. 17) (...); c) todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas de Fornecedores, bem como à oferta, à publicidade, à cobrança de dívidas e à inserção de seus nomes em banco de dados e cadastros (arts. 29 a 44)” (LISBOA, Roberto Senise. *Relação de Consumo e proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro*, 1999, p. 19-20).

³²¹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor*, 2001, p. 119-120.

mais objetiva de Consumidor, ao caracterizá-lo como destinatário final. Lisboa³²² analisa que o usuário do produto e do serviço como destinatário final é um Consumidor direto, ainda que não venha a ser ele o adquirente do bem, pois “basta que venha a se utilizar do produto ou do serviço, ainda que adquirido por outrem, para ser considerado destinatário final”.

A definição de destinatário final mostra-se relevante, pois é a partir dela que se poderia delimitar o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Pasqualotto³²³, a expressão destinatário final pode ser analisada pelo prisma fático e pelo prisma econômico. O destinatário final fático seria o adquirente ou usuário que retira o bem de circulação, independentemente da finalidade particularmente que lhe vai atribuir. Já o destinatário final econômico é aquele que se encontra na etapa derradeira da atividade econômica, que se compõe de produção, circulação, distribuição e consumo.

Aqueles que acreditam que o destinatário final é apenas o destinatário fático são denominados maximalistas³²⁴, enquanto aqueles que entendem ser o destinatário final o destinatário econômico do produto

³²² LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro**, 1999, p. 18.

³²³ PASQUALOTTO, Adalberto. **O código de defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. Home Page Ministério Público de Santa Catarina**, 2005.

³²⁴ Para os maximalistas, o Código de Defesa do Consumidor seria um código geral sobre o consumo, que institui Normas e Princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de Fornecedores, ora de Consumidor. Sendo assim, a definição de destinatário final dada pelo artigo 2º deveria ser interpretada o mais extensamente possível, para que as Normas do Código de Defesa do Consumidor alcancem um número cada vez mais de relações no mercado. Para eles, a definição do artigo 2º seria puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 255).

ou serviço são chamados finalistas³²⁵.

Marques³²⁶, depois de fazer um estudo no direito comparado sobre a questão e de delimitar o problema segundo as próprias normas do Código de Defesa do Consumidor, concorda com a interpretação finalista dada à expressão destinatário final, justificando seu entendimento da seguinte forma:

a definição do art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu Princípio e sua *ratio legis*. (...) Defendemos, pois, a necessária conjunção de fatores finalísticos, destinação final fática e econômica do produto ou serviço, com base no art. 4, I, do CDC (*ratio* de vulnerabilidade), (...). Em resumo e concluindo, concordamos com a interpretação finalista das normas do CDC. A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os Consumidores no sistema do CDC.

Portanto, para Marques, Vasconcellos e Miragem³²⁷, ser destinatário final é:

³²⁵ Para os finalistas, inicialmente, a figura do Consumidor estaria restrita àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Consumidor seria, então, somente o não-profissional, o que restringiria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, excluindo a possibilidade de que um profissional ou de que uma empresa pudessem vir a ser considerados Consumidores. Porém, com o tempo, os finalistas passaram a reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou de um profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade. Com isso, a interpretação passou a ser de acordo com o fim da Norma, que é a proteção do mais fraco na Relação de Consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor analogicamente também a estes profissionais e a estas empresas (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do Consumidor**, 2001, p. 119).

³²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 255-279.

³²⁷ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**, 2003, p. 71-72.

retirar o bem de mercado (ato objetivo), (...). Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. (...) é o Consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (*destinatário final fático*), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o Consumidor final, (...).

O Consumidor seria, portanto, o destinatário final fático e econômico do bem. É ele quem o Código de Defesa do Consumidor protege e são às relações contratuais em que um Consumidor for parte que suas normas se aplicam. Esta interpretação estaria em conformidade com a ordem econômica constitucional, ressaltando a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o Consumidor³²⁸.

A outra parte em uma Relação de Consumo é a figura do **Fornecedor**, sobre quem se deve fazer algumas considerações. Segundo o 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”.

Explica Lisboa³²⁹ que o critério caracterizador quanto ao fornecimento de produtos é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, como produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e comercialização, de modo que,

³²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 36, out./dez 2000, p. 236.

³²⁹ LISBOA, Roberto Senise. Relação de Consumo e **proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro**, 1999, p. 10.

qualquer sujeito de direito pode ser considerado Fornecedor, desde que exerça atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, habitual ou profissionalmente (como atividade preponderante). O critério adotado pelo legislador, para estabelecer a noção de Fornecedor, não foi o da “roupagem” ou forma adotada para a pessoa jurídica ser constituída ou vir a existir, mas sim o de concepção da atividade por ela exercida.

Todos os sujeitos que integram a cadeia de consumo são considerados Fornecedores, inexistindo distinção legal entre Fornecedor, intermediário e comerciante, pois, nas palavras de Lisboa³³⁰,

todos são, na realidade, Fornecedores. Atenua-se, assim, o Princípio da relatividade dos efeitos no negócio jurídico. Amplia-se, por outro lado, a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito extracontratual. O adquirente do produto que veio a ser negociado por meio dessa “cadeia”, como destinatário final, poderá se valer do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao fornecimento de serviços, não há especificação se o Fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Como explica Marques³³¹,

a expressão “atividades” no caput do art. 3º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um Consumidor.

A norma do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que define o que é Fornecedor, aplicada em conjunto com a do artigo 2º, que define o que é Consumidor, delimitam o campo de

³³⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e proteção jurídica do Consumidor no direito brasileiro**, 1999, p. 11.

³³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 327.

aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como assinala Marques³³²:

do exame dos arts. 2º e 3º do CDC, que definem os agentes contratuais, Consumidor e Fornecedor de produtos e serviços, podemos concluir que as normas do Código estabelecem um novo regime legal para todas as espécies de Contratos (exceto os trabalhistas) envolvendo Consumidores e Fornecedores de bens ou serviços (...). São os Contratos, agora denominados, de consumo, sejam eles de compra e venda, de locação, de depósito, de abertura de conta corrente, de prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento ou de alienação fiduciária, de transporte, de seguro, de seguro-saúde, só para citar os mais comuns.

De acordo com estas características, Marques, Vasconcellos e Miragem³³³entendem que se exclui do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor todas as relações entre dois Consumidores, não-profissionais, pois todos os Contratos firmados entre dois Consumidores, não-profissionais, são relação puramente civis às quais se aplica o Código Civil de 2002.

Exclui-se, também, do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor todas as relações entre dois profissionais ou entre duas empresas que estejam em condição de igualdade, pois a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é a proteção dos vulneráveis. Em não havendo vulnerabilidade nestas relações, “o direito do Consumidor serve apenas de orientação da conduta profissional, limite á própria liberdade de iniciativa e autonomia privada”³³⁴.

Diante disto, o artigo 54 do Código de Defesa do

³³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 358.

³³³ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 93.

³³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 313.

Consumidor aplica-se a Contratos de Adesão firmados em decorrência de uma Relação de Consumo, ou seja, em que se tenha por objeto o fornecimento de produtos ou serviços e em que sejam partes contratantes um Fornecedor e um Consumidor, especialmente para proteção deste, que é considerado vulnerável em relação àquele. É o que Marques³³⁵ assevera:

se submeterão às normas do CDC brasileiro tanto os Contratos pré-elaborados como quaisquer outros Contratos envolvendo Consumidores e Fornecedores de bens ou serviços. Isto porque (...) o Código subdividiu suas normas em normas especiais para a tutela dos Contratos de adesão (art. 54) e normas gerais aplicáveis às cláusulas abusivas (arts. 51 a 53), estejam elas inseridas em um Contrato de Adesão ou em qualquer outro tipo de Contratos, paritários ou não.

Observando o conceito de Contrato de Adesão trazido pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que o Contrato ali previsto realmente é um Contrato de consumo, pois que são considerados sujeitos desta relação um Consumidor e um Fornecedor. Com isto, não pairam dúvidas acerca do âmbito de aplicação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor. Ele aplica-se a Contratos de Adesão firmados entre um Consumidor e um Fornecedor para o fornecimento de produtos e serviços.

4.1.5 Âmbito de aplicação dos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002

Marques³³⁶, criticando a interpretação maximalista do conceito de Consumidor, alerta que a consequência do alargamento do conceito de Consumidor seria a de que todos os Contratos estariam sob o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não restando

³³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 360.

³³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 314.

aplicabilidade do Código Civil de 2002 a nenhum Contrato.

Lôbo³³⁷ observou que, realmente, o âmbito de abrangência do Código de Defesa do Consumidor é enorme, tendo subtraído da regência do Código Civil a quase totalidade dos Contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais.

Porém, deve-se considerar que, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial, voltada unicamente para as Relações de Consumo, o Código Civil ainda é a lei geral de direito civil. Como diz Pasqualotto³³⁸, a idéia que anima o Código Civil de 2002 é a de centralidade do direito privado, “articulando-se com as leis extravagantes numa relação do geral para o particular”.

Assim, enquanto o Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo a proteção do Consumidor, mais vulnerável em relação ao Fornecedor, o Código Civil voltar-se-ia para as demais relações civis, existentes entre partes em condições de igualdade, onde não exista vulnerabilidade de uma em relação à outra³³⁹.

Marques³⁴⁰ considera que o Código Civil de 2002 é um Código para “iguais”:

este sim é um código para “iguais”, e, mais, traz normas unificadas sobre contratação civil e comercial, regula o direito da empresa e todos os antes chamados “atos negociais”,

³³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, 1999.

³³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *O código de defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil*. Home Page Ministério Público de Santa Catarina, 2005.

³³⁹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. *Comentários ao código de defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 726.

³⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 314.

interempresários ou intercivis, somente não regula o direito do Consumidor.

A igualdade propugnada pelo Código Civil de 2002 presume-se em razão de que entre dois Consumidores, dois profissionais ou duas empresas não há, em Princípio, vulnerabilidade de um em relação ao outro. Chega-se a afirmar que o alargamento do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratantes em condições de igualdade, permitiria um tratamento diferenciado entre eles, o que feriria mandamentos constitucionais. Nas palavras de Marques³⁴¹,

é de se refletir se não fere o Princípio da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio imanente da justiça social tratar os “iguais” (profissionais) como se “diferentes” (e fracos) fosse; ou como defende a teoria maximalista, privilegiar nas relações interempresariais um Fornecedor em detrimento do outro, apenas por que um está utilizando ainda um insumo de sua produção (serviço ou produto intermediário) e o outro está com seu produto terminado e no mercado... (...) se os co-contratantes são “iguais”, porque discriminar positivamente um Fornecedor co-contratante (o comprador) e discriminar negativamente o outro Fornecedor co-contratante (o vendedor) em relação comercial equilibrada? (...) “em geral” os iguais não são vulneráveis.

Marques³⁴² entende que, embora o Código Civil de 2002 também tenha tido inspiração nos Princípios da Função Social, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, os traz de maneira mais amena em relação ao Código de Defesa do Consumidor, justamente porque visa regular situações entre iguais e mais equilibradas do que as de consumo.

Justifica-se, assim, o tratamento mais genérico dado pelo

³⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 308.

³⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 314.

Código Civil de 2002 ao Contrato de Adesão. Mesmo que os Contratos de Adesão tenham sido firmados por partes em condições de igualdade, devem obedecer aos Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, exigindo-se clareza e transparência nestas relações. Porém, esta exigência é feita de forma mais branda, como Marques³⁴³ explica:

se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas.

É preciso observar, também, que o Código Civil de 2002 faz referência à empresa como um agente econômico, o que é considerado uma inovação. Unificaram-se as obrigações civis e comerciais, regulando o direito da empresa³⁴⁴. Embora o Código Civil de 2002 tenha tratado do direito de empresa e do empresário, não fez menção ao Consumidor ou às Relações de Consumo.

Decorre daí que os artigos 423 e 424 do Código Civil realmente vão regular Contratos de Adesão firmados entre iguais, profissionais ou empresas, que não se enquadram nos conceitos de Consumidor e Fornecedor. Marques³⁴⁵ assevera que, não havendo menção a Consumidores, os Contratos de Adesão previstos no Código Civil de 2002 seriam “Normas gerais e genéricas, aplicáveis a Contratos civis e

³⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set 2004, p. 57.

³⁴⁴ O novo Código Civil eliminou e unificou a divisão anterior existente entre empresário civil e empresário comercial. O empresário é considerado como a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante (Fiúza, Ricardo. Comentários aos artigos 966 a 1.195. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**, 2002, p. 870).

³⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 555.

comerciais”.

A justificativa para a existência dos artigos 423 e 424 não seria a proteção de um civil ou de um profissional ou de uma empresa por ser mais vulnerável em relação ao outro, mas sim, o re-equilíbrio de uma relação contratual firmada através da técnica do Contrato de Adesão, posto que nele não há livre manifestação da vontade tal qual num Contrato paritário.

4.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONJUNTA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Verificou-se que o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 é distinto, o que elidiria a possibilidade de conflito entre eles. Mesmo não existindo Antinomia entre suas normas, observa-se que, ocorreu a exclusão de uma lei pela outra. Todavia, através do Diálogo das Fontes, seria possível uma conjugação entre estas duas leis.

4.2.1 O Diálogo das Fontes

Visto que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 trouxe a discussão sobre eventuais Antinomias em relação ao Código de Defesa do Consumidor, considerou-se que, para resolução das Antinomias, tradicionalmente se utilizam os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, cujo processo determina qual norma deve prevalecer sobre a outra.

Embora as Antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil tenham se mostrado apenas aparentes, porque o campo de aplicação das leis é distinto, observa-se que, assim como se

houvesse acontecido um processo de solução de Antinomias, uma lei acabou por excluir a outra do seu âmbito de aplicação.

Todavia, é preciso ressaltar o fato de que, apesar de o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil serem distintos, ambas as leis refletem os Princípios da atividade econômica presentes na CRFB/88 e estão em sintonia com os Princípios que animam a teoria contratual contemporânea, quais sejam, os Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material.

Pergunta-se, então, se é aceitável a solução de exclusão de uma lei em favor de outra, ainda que em razão do âmbito de aplicação, quando as duas leis se mostram coerentes com o sistema.

Reale³⁴⁶ observa que os ordenamentos jurídicos têm-se tornado deveras complexos para que se continue a imaginá-los escalonados em único sistema de normas. Seria mais adequado visualizar o ordenamento jurídico como um macrosistema, dentro do qual estão inseridos microsistemas. Nas suas palavras,

o ordenamento jurídico configura-se mais como um ecossistema complexo e variegado, que abrange uma multiplicidade de *sistemas e subsistemas normativos* que se escalonam uns distintos dos outros, em função de diversos campos de interesse, muito embora todos eles se situem e se insiram no âmbito do comum horizonte de validade da Constituição de cada povo (...).

A constatação de que o ordenamento jurídico é, na verdade, complexo e multifacetado, formado por diversos microsistemas, não significa que ele não seja uno e coerente. A unidade e a coerência se dariam não somente em razão da norma fundamental, mas, também, dos

³⁴⁶ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999, 124p, p. 95.

Princípios que orientam o macrosistema. Como assevera Reale³⁴⁷:

tudo depende de não se persistir num conceito puramente formal de sistema, olvidando-se seu conteúdo fundamentalmente axiológico. (...) Quando se nega a consistência ou coexistência lógico-axiológica da ordem jurídica positiva, está-se negando, concomitantemente, a possibilidade de *Princípios gerais de direito*, que, não obstante diversas configurações, sejam aplicáveis à totalidade do ordenamento. Em conexão com esses Princípios de mais amplo espectro, há Princípios gerais de direito por assim dizer subordinados, adstritos a cada sistema do macrosistema (Princípios gerais do Direito Civil, do Direito Tributário etc), podendo-se mesmo falar, numa progressão cada vez mais especificadora, em Princípios do Direito de Família ou da propriedade privada. Eis aí uma trama complexa que, no seu todo, revela a admirável riqueza das “modelagens” jurídicas expressas em não mesmo admirável *linguagem*, uma das primeiras linguagens científicas constituídas no desenrolar da história das ciências.

Se o ordenamento jurídico é um macrosistema, fundado em certos Princípios, e se os vários microsistemas que o compõem também estão de acordo com estes Princípios, então não haveria desarmonia ou falta de coordenação entre as normas do ordenamento jurídico que justificasse a prevalência, simples e inflexível, de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão de uma delas do sistema.

Marques, Vasconcellos e Miragem³⁴⁸ analisam que tem se legislado cada vez mais, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. Todavia, tem sido uma preocupação da doutrina atualizada a superação das Antinomias de outra maneira que não pelos critérios tradicionais. Afirmam que

³⁴⁷ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico, 1999, p. 96/1000.

³⁴⁸ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 24-25.

a doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “Antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.

Surge, então, a proposta de que não se deve mais buscar a superação de uma norma por outra, mas a convivência entre as normas. Seria possível, desta forma, que exista convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico³⁴⁹.

Na explicação de Marques, Vasconcellos e Miragem³⁵⁰

³⁵¹,

na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação, ora coincidentes, ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (*Direito* intertemporal), encontram seus limites. Hoje, na pluralidade de leis pós-modernas com seus campos de aplicação convergentes e flexíveis (envolvendo interesses – e direitos – coletivos, difusos, individuais homogêneos ou meramente individuais), a uma mesma relação jurídica de consumo podem se aplicar muitas leis, em colaboração, em Diálogo, se afastando ou se unindo, caso a caso, com seus

³⁴⁹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 25-26.

³⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: **Revista de direito do Consumidor**, jul-set 2004, p. 35.

³⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 504.

campos de aplicação coincidentes, em diferentes soluções tópicas para cada caso.

Este é o caminho proposto por Erik Jayme³⁵², o caminho do Diálogo das Fontes, ou seja, uma proposta de coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência, mudando o paradigma de simplesmente retirar uma das normas em conflito do sistema jurídico para o paradigma de convivência destas normas, para alcançar a sua razão, a finalidade encontrada em ambas³⁵³.

Marques, Vasconcellos e Miragem³⁵⁴ lecionam:

na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário “Diálogo das Fontes” (“*dialogue des sources*”), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “Diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Diante disto, não seria mais o caso de perguntar qual o campo de aplicação das leis, quais seus limites, mas de que forma elas

³⁵² Erik Jayme é professor da Universidade de Heidelberg (Alemanha), diretor do Instituto de Direito Comparado, Direito Internacional Econômico e Privado da universidade alemã. Foi orientador de teses de doutorado de professores da UFRGS, entre eles, Cláudia Lima Marques.

³⁵³ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 26.

³⁵⁴ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, 896p, p. 26-27.

podem dialogar entre si. No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil de 2002, seria preciso visualizar, inicialmente, que a Relação de Consumo é uma relação jurídica especial, mas é, sem dúvida, uma relação jurídica civil. Nesta ótica, ambas as leis se aplicariam à Relação de Consumo e colaborariam com a mesma finalidade, dialogando³⁵⁵.

Caberia, então, verificar quais os tipos de Diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, especialmente entre os artigos que tratam dos Contratos de Adesão.

4.2.2 Diálogos possíveis entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002

É apontada a existência de três Diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: o Diálogo Sistemático de Coerência, o Diálogo Sistemático de Complementaridade e Subsidiariedade e o Diálogo Sistemático de Coordenação e Adaptação.

4.2.2.1 Diálogo Sistemático de Coerência

Segundo Marques³⁵⁶, quando da aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma lei é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, incompleto materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo

³⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2002, p. 503-504.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista de direito do Consumidor**, jul./set 2004, p. 60.

da sociedade.

Este seria um Diálogo Sistemático de Coerência possível entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002, como lei geral de direito civil, dialogaria com o Código de Defesa do Consumidor, informando, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim, por diante. Nas palavras de Marques³⁵⁷,

assim como o Código Civil de 1916 serviu de base conceitual e normativa (definindo o que é ato jurídico, nulidade, solidariedade, obrigação, dever, pessoa jurídica etc), o novo Código Civil de 2002 também exercerá este papel, com a diferença de que agora ambos os textos utilizam a mesma terminologia e possuem a mesma visão renovada da teoria contratual, permitindo a intervenção do Estado no conteúdo dos Contratos, a visão de totalidade da obrigação, os deveres de boa-fé e a função social do Contrato.

No que se refere aos Contratos de Adesão, verifica-se que o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, ao lado do artigo 51, prevêem hipóteses de cláusulas absolutamente nulas. Também o artigo 424 do Código Civil trata da nulidade³⁵⁸ absoluta de cláusula. Foi visto, também, que estas normas são coerentes com os Princípios de Boa-Fé Objetiva, de Equivalência Material e de Função Social dos Contratos³⁵⁹.

É possível, portanto, visualizar entre estas normas um Diálogo Sistemático de Coerência, pois, apesar de o Código de Defesa do Consumidor referir-se à nulidade absoluta, é o Código Civil de 2002 que

³⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 553.

³⁵⁸ A nulidade vem a ser a sanção, imposta pela Norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 1996, p. 344).

³⁵⁹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 727.

oferece este conceito. No inciso VII, do artigo 166 do Código Civil de 2002, está previsto que o negócio jurídico será nulo quando a lei taxativamente assim o declarar ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Desta forma, o Diálogo existente entre os artigos 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 424 e 166, VII, do Código Civil permite que se saiba o que é nulidade absoluta e em que situações ela ocorre em um Contrato de Adesão, seja ele um Contrato de Consumo ou não.

Por outro norte, verificou-se que, enquanto o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor trouxe o conceito de Contrato de Adesão, tal não ocorreu no Código Civil de 2002. Pareceria possível, nesta situação, um Diálogo ao contrário, em que o Código de Defesa do Consumidor serviria de base conceitual para o Código Civil.

Todavia, Marques³⁶⁰ entende que um Diálogo ao contrário não seria possível, pois o conceito trazido no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor é um conceito de Contrato de Adesão de Consumo, e, como tal, não poderá ser estendido aos Contratos de Adesão que não sejam de Consumo. Na sua explicação,

o que ocorrerá é um Diálogo de aplicação simultânea para distinguir os campos de aplicação. Em outras palavras, a definição do que é um Contrato de Adesão entre empresários para utilização do art. 424 do CC/2002 será outra, que não a do art. 54 do CDC. Não que a definição legal do microsistema (art. 54 do CDC) não seja usada no caso – sim, é usada justamente para ser afastada (*distintio*) ou mesmo como argumento/paradigma para afirmar que o caso é diferente.

Seria um exemplo desta situação o caso do Contrato de locação, que estaria fora do campo de aplicação do Código de Defesa do

³⁶⁰ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 47.

Consumidor, posto que é um Contrato em que não existe Relação de Consumo. Verificando-se que se trata de um Contrato pré-elaborado, aplicar-se-iam os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002 e o conceito do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria prioritariamente. Apenas se houver o entendimento de que o locatário está em uma posição de vulnerabilidade, é que se poderá utilizar analogamente o conceito de Contrato de Adesão do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor³⁶¹.

A partir destas considerações, são definidas algumas regras para que se estabeleça o Diálogo Sistemático de Coerência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

A regra primeira é a de distinção sistemática de campos de aplicação e o Diálogo de base conceitual da lei geral em relação à lei especial, "quando a lei especial não possuir uma definição própria e se a definição da lei geral não contrariar o espírito protetivo da lei especial"³⁶².

Se ao caso se aplica a lei geral, prioritariamente, a lei especial não se aplicará, nem servirá de base conceitual ou de fundamento para interpretação. Esta é a segunda regra.

A exceção reside na circunstância de, em uma relação civil pura, estarem envolvidas pessoas ou contratantes vulneráveis. Esclarecem Marques, Vasconcellos e Miragem³⁶³ que se excetua a possibilidade de que uma definição da lei especial possa ser usada em caso

³⁶¹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 47.

³⁶² MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 47.

³⁶³ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 47-48.

de aplicação prioritária da lei geral em relações civis puras, envolvendo pessoas ou contratantes mais fracos. Isto aconteceria mais raramente entre profissionais ou empresários.

4.2.2.2 Diálogo Sistemático de Complementariedade e Subsidiariedade

Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus Princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente³⁶⁴.

Em outras palavras, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Por exemplo, subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao Consumidor.

Este Diálogo, segundo Marques, Vasconcellos e Miragem³⁶⁵,

é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era “superada” e “retirada” do sistema pela outra. Agora há escolha (...) daquela que vai “complementar” a *ratio* da outra (...).

No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor e

³⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**, jul./set 2004, p. 60.

³⁶⁵ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 29.

ao Código Civil de 2002, foi analisado que estão voltados para sujeitos e para relações jurídicas diferentes. O primeiro volta-se à proteção da parte mais vulnerável em uma Relação de Consumo, ou seja, o Consumidor. O segundo, às demais relações civis que não sejam Relações de Consumo, onde os sujeitos são considerados iguais.

Mas é possível que um mesmo Contrato possa ser regulado em abstrato pelas duas leis. Por exemplo, um Contrato de compra e venda pode ser um Contrato civil ou empresarial puro, como pode ser um Contrato de Consumo. Será, então, em razão do sujeito que se determinará o âmbito de aplicação destas leis e a forma de Diálogo possível entre elas.

Por ser lei geral, o Código Civil de 2002, tem aplicação subsidiária, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor, por ser lei especial, tem aplicação prioritária. “Primeiro, portanto, esgota-se a aplicação de uma lei; depois, no que couber, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra”³⁶⁶. Porém, é preciso ressaltar que o Código Civil de 2002 terá somente aplicação subsidiária a Relações de Consumo, no que couber e não contrariar as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, este tipo de Diálogo pode ser expresso da seguinte forma: as normas do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se de forma principal e somente às relações de consumo, entre profissionais e leigos. As normas do Código Civil de 2002 dão base ao Código de Defesa do Consumidor, mas se aplicam somente subsidiariamente (ou se mais benéficas) aos Contratos de consumo. As normas do Código Civil de 2002 aplicam-se, porém, prioritariamente se Contratos intercivis (Contratos entre dois Consumidores) e interempresariais (Contratos entre duas pessoas

³⁶⁶ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 33.

jurídicas ou entre dois empresários)³⁶⁷.

No que se refere aos Contratos de Adesão, tal Diálogo poderia ser assim resolvido: o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se, de forma prioritária e única, aos Contratos de Adesão oriundos de Relação de Consumo, podendo ser que os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002 sejam aplicados de forma subsidiária ou se mais benéficos aos Contratos de Adesão de Consumo. Já aos Contratos de Adesão firmados entre civis, profissionais ou empresas aplicam-se somente os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.

Este tipo de Diálogo teria revigorado o Código de Defesa do Consumidor, pois, a partir do momento em que se fez presente no Código Civil de 2002 a proteção do aderente em um Contrato de Adesão firmado entre iguais, ressaltou-se a importância da proteção do Consumidor em uma contratação deste tipo, tendo-se em conta sua vulnerabilidade.

4.2.2.3 Diálogo Sistemático de Coordenação e Adaptação

Este tipo de Diálogo consiste em um

Diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (...), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juizes), alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um Diálogo de *double sens* (*Diálogo de coordenação e adaptação sistemática*)³⁶⁸.

³⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 2002, p. 558.

³⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do Consumidor**, jul-set 2004, p. 60-61.

Marques, Vasconcellos e Miragem³⁶⁹ assinalam que, através deste Diálogo, a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002 pode ter uma influência positiva na definição do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois com sua entrada em vigor a interpretação finalista do conceito de Consumidor teria sido revitalizada.

Como visto, o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é especial, regulando a relação entre Fornecedor e Consumidor. Já o Código Civil de 2002 é lei geral, pois regula toda relação privada não privilegiada por uma lei especial. Não haveria, portanto, conflito entre estas duas leis.

Porém, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando se verificava a existência de um Contrato de Adesão firmado entre iguais, profissionais e empresas, com a finalidade de proteger o aderente contra os abusos cometidos, o mesmo era equiparado a Consumidor, de acordo com a interpretação maximalista do conceito de Consumidor, com a permissão da regra do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, como observou Pasqualotto³⁷⁰,

foi especialmente através do art. 29 que a jurisprudência firmou-se na aplicação do CDC às atividades bancárias, sem maior discriminação entre destinatários de crédito de consumo (clientes pessoas físicas, portadoras de cartões de crédito, mutuários dos sistemas de financiamento habitacional etc.) e clientes ou mutuários empresariais. A interpretação benévola do mesmo dispositivo igualmente propiciou desvios hermenêuticos em outros Contratos não bancários, (...).

Com o advento do Código Civil de 2002, que veio

³⁶⁹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 729.

³⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. O código de defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. **Home Page Ministério Público de Santa Catarina**, 2005.

orientado sob os mesmos Princípios de Função Social, Boa-Fé Objetiva e Equivalência Material já presentes no Código de Defesa do Consumidor, seria possível redefinir o âmbito de aplicação deste, reduzindo-se a aplicação do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor. Como afirmam Marques, Vasconcellos e Miragem³⁷¹,

efetivamente, nestes seus mais de dez anos de vigência, o CDC influenciou muito o sistema geral do direito privado, com suas cláusulas gerais. (...) Daí talvez a enorme utilização do CDC na última década e a origem de uma tendência maximalista na interpretação dos arts. 2º e 29 do CDC, quanto à definição de Consumidor. Espera-se agora o refluxo, a influência do CC/2002 para redução do campo de aplicação do CDC, uma vez que o campo de aplicação do CC/2002 foi justamente feito para as relações interempresários ou entre iguais, mesmo que de aquisição fática “final” de insumos de produção.

No que se refere aos Contratos de Adesão, através deste Diálogo de Coordenação e Adaptação, é possível decidir no sentido de que não é mais necessário equiparar-se civis, profissionais ou empresas a Consumidores para que se coíbam abusos cometidos pela parte que predispôs as cláusulas contratuais, pois agora há normas voltadas para esta proteção, quais sejam, os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002.

As regras sobre Contratos de Adesão estão presentes no Código Civil de 2002 com os mesmos Princípios do Código de Defesa do Consumidor e devem ser usadas naquelas relações existentes entre iguais, reservando-se o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor para a proteção do Consumidor, este sim, vulnerável, e que merece o tratamento especial conferido por esta lei.

³⁷¹ MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, 2003, p. 38.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto o estudo sobre o Diálogo das Fontes, entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, aplicado aos Contratos de Adesão.

Para seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro tratou de abordar a gênese e a caracterização do Contrato de Adesão. Verificou-se que desde o advento da revolução industrial, passando pelo crescimento da economia capitalista, até o surgimento da globalização, ocorreu uma massificação da produção, da oferta e do consumo de bens e serviços. O comércio atingiu um ritmo deveras veloz e as relações negociais se despersonalizaram, não mais havendo a identificação entre os contratantes.

A contratação padronizada surgiu como consequência deste processo econômico de produção, circulação, distribuição e comercialização de bens e serviços em massa. Diante desta realidade econômica, o modo de contratação clássica, com a discussão das cláusulas entre as partes, mostrou ser inadequada. A contratação deveria ganhar um caráter mais geral, dirigida a um número indeterminável de pessoas. Criaram-se, então, novas técnicas de contratação, sendo uma delas o Contrato de Adesão.

O Contrato de Adesão, segundo foi pesquisado, em que pese as diferentes nomenclaturas que lhe foram dadas, foi conceituado como uma técnica de elaboração contratual, que consiste na elaboração

unilateral das cláusulas por um dos contratantes, restando ao outro somente aceitar ou rejeitar no todo o Contrato, sem possibilidade de discussão acerca do conteúdo das cláusulas. Não é, portanto, um Contrato típico, senão, um método de negociação, cuja característica essencial apontada pelos autores pesquisados é a ausência de uma fase pré-negocial, uma pré-fixação de seu conteúdo por uma parte, que deixa à outra a alternativa de aceitar ou rejeitar o Contrato, sem poder modificá-lo de maneira relevante. Difere de outras figuras semelhantes, tais como o contrato-tipo, as condições gerais e a convenção coletiva de trabalho.

Analisou-se, também, a natureza jurídica de um Contrato de Adesão, que é questionada pelo fato de inexistir nesta técnica a discussão das cláusulas contratuais, tal qual num Contrato paritário. Foi visto que, embora a manifestação da vontade de uma das partes apresente-se apenas como a alternativa de aderir ou não ao Contrato, essa manifestação de vontade existe. O Contrato de Adesão seria, portanto, negócio jurídico bilateral, formado pelo concurso de vontades.

Passou-se ao segundo capítulo, no qual foi estudada justamente esta intervenção do Estado nas atividades econômicas. Viu-se que, no Estado Liberal, orientado por Princípios patrimonialistas e individualistas, o Estado não poderia intervir na economia, cabendo-lhe apenas proteger a vida, a liberdade e a propriedade. Porém, tornaram-se latentes as desigualdades econômicas, sociais e políticas, que culminaram com a necessidade de intervenção estatal na economia, para o fim de reduzir estas desigualdades e promover justiça social.

Estudou-se que foi a partir da Constituição Mexicana de 1917 que surgiu o Estado Contemporâneo, que acrescentou à dimensão política do Estado Liberal a dimensão econômica e social, e a partir de quando começou-se a inserir nos textos constitucionais Princípios orientadores para a interpretação, a aplicação e a execução das atividades relativas à ordem econômica e social. Quando intervém na

economia, o Estado Contemporâneo cumpre com uma Função Social, com a finalidade de alcançar Igualdade Material e justiça social.

Foi visto que este processo de elevação ao plano constitucional de Princípios fundamentais do direito civil vem sendo chamado de Constitucionalização do Direito Civil. No caso brasileiro, a CRFB/88 mostrou ser uma Constituição de Estado Contemporâneo, pois traz no seu artigo 170 Princípios Gerais orientadores da atividade econômica. Estes Princípios orientam na busca da existência digna para todos, valorizando, entre outros, o trabalho humano e a livre iniciativa.

O terceiro capítulo tratou da teoria contratual contemporânea e seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Foi visto que a teoria contratual clássica se baseava na Autonomia da Vontade, que consistiria no poder do indivíduo de contratar livremente, criando suas relações jurídicas conforme a manifestação de sua vontade. A Autonomia da Vontade enraizou-se na teoria contratual tornando-se seu fundamento e refletindo-se nos Princípios de Liberdade Contratual, de Força Obrigatória dos Contratos, de Relatividade dos Efeitos Contratuais e na teoria dos vícios do consentimento.

Todavia, analisou-se que, no momento em que se começou a adotar métodos de contratação padronizada, tal como é o Contrato de Adesão, sob o manto da Autonomia da Vontade protegeu-se os interesses da parte economicamente mais forte que pré-elabora o conteúdo contratual, dando azo a um desequilíbrio entre os contratantes, em detrimento da parte economicamente mais fraca. Não mais se podia falar em Autonomia da Vontade. A Autonomia da Vontade foi relativizada, de modo que os Princípios da liberdade Contratual, da Força Obrigatória dos Contratos, da Relatividade dos Efeitos Contratuais e mesmo a teoria dos vícios do consentimento sofreram transformações.

Segundo a teoria contratual contemporânea, o Contrato

deve cumprir com uma Função Social, de modo que os interesses individuais das partes do Contrato devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. A teoria contratual contemporânea orienta-se também pelo Princípio da Boa-Fé Objetiva, que significa uma regra de conduta de acordo com ideais de honestidade e lealdade que deve ser seguida pelos contratantes, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro. Ainda, busca-se o equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis, de acordo com o Princípio da Equivalência Material.

No último capítulo, estudou-se os Contratos de Adesão no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002 e o Diálogo das Fontes. Viu-se que o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor trouxe um conceito para Contrato de Adesão e que seus parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º demonstram o cuidado do legislador em proteger o Consumidor contra os abusos comumente cometidos pelo Fornecedor de produtos e serviços que pré-elabora o Contrato. Os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002 determinam que se interprete mais favoravelmente ao aderente sempre que houver cláusulas ambíguas ou contraditórias e que se protejam os direitos que resultam da natureza do negócio.

Percebeu-se um tratamento diferenciado dado pelas duas leis aos Contratos de Adesão, criticado por alguns autores, que entendem que o Código Civil de 2002 teria deixado a desejar em relação ao Código de Defesa do Consumidor. Contudo, apesar desta diferenciação, verificou-se que não há conflito entre os Princípios que norteiam estas normas e que a possível Antinomia entre elas é apenas aparente, pois o campo de aplicação das leis é distinto.

Analisou-se que, apesar da discussão entre os maximalistas e os finalistas, o Código de Defesa do Consumidor tem seu

âmbito de aplicação delimitado em função dos conceitos de Consumidor e Fornecedor, estando voltado estritamente às Relações de Consumo. Assim, o artigo 54 voltar-se-ia a Contratos de Adesão considerados Contratos de Consumo. Já o Código Civil de 2002 foi visto como lei geral de direito civil, aplicável às demais relações civis e comerciais que não de consumo. Desta forma, os artigos 423 e 424 aplicar-se-iam aos Contratos de Adesão oriundos de relações civis e comerciais não firmadas entre um Consumidor e um Fornecedor.

Analisou-se que, apesar de não haver Antinomias entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002, uma lei exclui a outra de seu âmbito de aplicação. Contudo, visto que ambas estão de acordo com os Princípios da atividade econômica presentes na CRFB/88 e em sintonia com os Princípios que animam a teoria contratual contemporânea, quais sejam, os Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, passou-se a verificar se haveria a possibilidade de harmonização entre as leis.

Tal harmonização mostrou-se viável com a utilização do chamado Diálogo das Fontes. O Diálogo das Fontes é uma proposta de coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência, mudando o paradigma de simplesmente retirar uma das normas em conflito do sistema jurídico para o paradigma de convivência destas normas, para alcançar a sua razão, a finalidade encontrada em ambas.

Foram apontados três Diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: o Diálogo Sistemático de Coerência, o Diálogo Sistemático de Complementaridade e Subsidiariedade e o Diálogo Sistemático de Coordenação e Adaptação. Tais Diálogos foram definidos e, a partir deles, foi feita a análise do relacionamento entre os artigos 54 do Código de Defesa do Consumidor e 423 e 424 do Código Civil de 2002, mostrando-se possível a aplicação de ambas as leis aos Contratos

de Adesão.

Depois da descrição dos capítulos, entende-se ser necessário ressaltar alguns itens que correspondem aos problemas e Às hipóteses que se formularam na introdução.

Tinha-se como primeiro problema entender o porquê de o Estado intervir neste tipo de contratação, aventando-se a hipótese de que o Estado Contemporâneo interviria nos Contratos de Adesão como cumprimento de sua Função Social, buscando a realização de justiça social. Viu-se que existe a intervenção do Estado Contemporâneo na atividade econômica, na busca pela realização de justiça social, sendo possível encontrar na CRFB/88 Princípios Gerais orientadores da atividade econômica. Num Contrato de Adesão, sendo a manifestação de vontade restrita e havendo a possibilidade de um desequilíbrio entre os contratantes, demonstrou-se a razão da intervenção estatal na estruturação desse conteúdo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a mera intenção e simples pretensão dos contratantes.

O segundo problema que foi colocado dizia respeito aos Princípios que norteiam a teoria contratual e se o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 refletem estes Princípios. A hipótese era de que os Princípios que norteiam a teoria contratual contemporânea são da Função Social, da Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material, e que seus reflexos são percebidos nas duas leis estudadas. Observou-se que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 refletem estes novos paradigmas da teoria contratual contemporânea, tendo sido verificada a referência aos Princípios de Função Social, de Boa-Fé Objetiva e da Equivalência Material no corpo das leis. Viu-se ainda que estas leis estão de acordo também com os Princípios gerais da atividade econômica gravados na Constituição Federal de 1988, pois colocam o Contrato em função de fins sociais, equilibrando os interesses individuais e sociais.

O terceiro problema levantado consistia em saber qual o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, se havia Antinomias as leis e se seria possível sua aplicação conjunta aos Contratos de Adesão. Acreditava-se que, mesmo existindo Antinomias e que o campo de aplicação das leis fosse distinto, seria possível a sua aplicação coordenada. Verificou-se tanto a inexistência de conflito de Princípios entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil no que se refere a Contratos de Adesão, pois ambas as leis estão de acordo com os Princípios Constitucionais da atividade econômica e com os Princípios que orientam a teoria contratual contemporânea, quanto a inexistência de conflito entre as normas, visto que o âmbito de aplicação delas é distinto. Porém, superando a tradicional solução pela qual se excluiria uma lei do campo de atuação da outra, se mostrou possível a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão através do Diálogo das Fontes.

Espera-se que, apesar das limitações deste trabalho, possa ter se dado uma colaboração para o debate sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 aos Contratos de Adesão. Em última análise, considera-se que esta discussão demonstra a complexidade do ordenamento jurídico. Porém, residiria justamente nesta complexidade a admirável riqueza do Direito. A proposta de que a uma mesma relação jurídica poder-se-iam se aplicar muitas leis, em colaboração, em Diálogo, se afastando ou se unindo, em diferentes soluções para cada caso, poderia significar um aprimoramento do Direito, com o qual se espera ter cooperado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro acquaviva**. 7. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995, 1468p.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3914>>. Acesso em: 03 maio 2005.

ALVES, Jones Figueirêdo Alves. Comentários aos artigos 421 a 729. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372-659.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, 150p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutor: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, 248p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, a. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, 228p.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 160p.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, 96p. Título do original: *Eguaglianza e libertà*.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradutor: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, 184p. Título do original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 232p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 756p.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 05 out. 1998. Anexo.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990. Suplemento.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. *In*: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradutor: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. prólogo, p. 7-29. Título do original: *Taking Rights Seriously*.

CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a constituição**: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, 124p.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** 39. ed. São Paulo, Brasiliense, 1996, 127p. (Primeiros Passos, 13)

CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e Obra. *In*: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradutor: Valério Rohden. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5-18. (Os pensadores)

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2004, 164p.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradutor: Maria Ermantina Galvão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1996, 154p. Título do original: *Le Discours de la Méthode*. (Clássicos)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1. Teoria geral do direito civil. 367p.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, 108p.

DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradutor: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999, 512p. Título do original: *Taking rights seriously*.

FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**: de acordo com o novo código civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 140p.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, 1844p.

GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: uma nova concepção. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 31-58.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. Tradutor: Ben-Hur Rava. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 249-257, jul./set 2004.

GIANOTTI, José Arthur. Vida e obra. *In*: MARX, Karl. **Para a crítica da economia política, do capital, o rendimento e suas fontes**. Tradutor: Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 5-18, p.12. Título do original: *Zur Kritik der politischen Oekonomie*. (Os pensadores).

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 592p.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 220p.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick**. Tradutor: Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000, 190p. Título do original: *Los pensadores de la libertad*.

HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. 12. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, 343p. Título do original: *The Age of Revolution: Europe 1789-1848*.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**. Tradutor: José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, 542p. Título do original: *History of economic thought*.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradutor: Afonso Bertagnoli. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.p., 157p. Título do original: *Der Praktischen Vernunft*.

LEAL, Rogério Gesta Leal. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 223p.

LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, 86p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos Contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, 240p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 21 set. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os princípios sociais dos contratos no CDC e no novo código civil. **Mundo Jurídico**, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto444.doc>>. Acesso em: 11 jun. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Porto Alegre, a. 53, n. 329, p. 9-19, mar. 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 640p, p. 21-25. Título do original: *Two treatises of government*. (Clássicos)

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 9).

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs Aiglou: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 36, out./dez 2000.

MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1120p.

MARQUES, Cláudia L; VASCONCELLOS, Antônio H. de; MIRAGEM, Benjamim Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 896p.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. Burgueses e proletários. In: FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989, p. 365-375.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, 256p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, 600p, v. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 922p.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova constituição (arts. 170 a 192)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, 180p.

NISHYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 212p.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 180p. (Biblioteca de direito do consumidor, 17)

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, 243p.

PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC; Florianópolis: Diploma Legal, 2003, 128p.

PASQUALOTTO, Adalberto. O código de defesa do consumidor em face do Novo Código Civil. **Ministério Público de Santa Catarina**, Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/ca/ccco/doutrina/indice_artigos.htm>. Acesso em: 03 mai. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: _____; WILHEIM, Lourdes Sola (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 67-80.

RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Tradutor: Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 288p.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 242p.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1999, 124p.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 148p.

ROQUE, Sebastião José. **Direito contratual civil-mercantil**. São Paulo: Ícone, 1994, 176p.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, 176p.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral & razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2004, 200p.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. vol. 1. Tradução: Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 627p. (Paidéia) Título do original: *The wealth of nations*.

VENOSA, Sílvio de Salvo. O código do consumidor e o código civil. **Ministério Público Federal**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/3camara/noticias/Codigo_Consumidor_CodigoCivil.html>. Acesso em: 26 fev 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 658p. (Coleção direito civil, 2).

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, 405p.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 172p.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 94p.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-94.