

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução Constitucional no Direito Brasileiro. 2. Os Direitos Fundamentais. 3. A evolução dos Princípios Contratuais. 4. A Defesa do Consumidor como Direito fundamental. Conclusões. Referências.

Introdução

Como pretendemos demonstrar, a garantia da defesa do consumidor decorre da evolução do Direito que deve sempre andar a par e passo com a História. As garantias constitucionais decorrem de uma incessante luta da sociedade civil pela defesa da cidadania. Assim abordaremos no primeiro capítulo a evolução constitucional no Brasil e sua importância para o nosso ordenamento jurídico, abordando sobre suas etapas e conexões com a história brasileira. No segundo capítulo discorreremos sobre a importância dos direitos fundamentais nessa perspectiva histórica. No terceiro capítulo, analisaremos a evolução dos princípios contratuais tradicionais e no quarto capítulo a defesa do consumidor como garantia fundamental. No quinto e último capítulo apresentaremos nossas conclusões.

1. A Evolução Constitucional no Direito Brasileiro

Não resta dúvida que a Constituição Federal de 1988 foi um marco na história do ordenamento jurídico nacional considerando que nossa legislação começou a ser elaborada há cento e noventa e cinco anos, após a independência em 1822. Examinar a Carta Magna, sem olhar para trás, pode prejudicar sua correta interpretação. Assim é preciso demonstrar a substancial diferença entre a Carta de 1988 e suas antecessoras. Todas elas, diga-se em maior ou menor medida, voltadas para o Estado e a administração pública e, eventualmente, muito eventualmente focadas em algum aspecto aos interesses do cotidiano do cidadão.

Por outro lado, um país escravagista na sua independência e por mais de sessenta e seis anos, não abria a porta para muitos direitos hoje positivados, nem mesmo na legislação infraconstitucional. Por essa razão, certamente a nova carta e as normas que dela decorrem, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor que abordaremos adiante, causaram tantos impactos. Na Carta de 1824, por exemplo, o artigo 6º tratava da nacionalidade e o artigo 179 da inviolabilidade dos direitos políticos e civis, mas nenhuma alusão a direito que não fosse pertinente às relações do estado com o cidadão e a preponderância de interesses públicos e

¹ Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Resumo: O artigo trata da defesa do consumidor como direito fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988 e tem por finalidade demonstrar que os direitos fundamentais de uma forma geral estão atrelados ao processo histórico e social e não só são absolutamente necessários como decorrem da evolução do direito, notadamente do direito contratual civil, que culminou com a inserção no rol dos direitos fundamentais a proteção aos consumidores, determinando ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Palavras chave: Direitos Fundamentais - Processo histórico - Defesa do consumidor.

privados sobre os sociais. Na carta de 1891, no mesmo sentido prescreviam os artigos 69 a 72, mas ainda não se admitia o voto feminino². Na Constituição de 1934, dentre as que antecederam a atual, certamente a mais avançada para seu tempo, considerando a realidade brasileira, ocorreram grandes avanços, como em relação ao direito de propriedade que as cartas anteriores asseguravam o exercício em sua plenitude, enquanto a nova Constituição, que também garantia esse direito, vedava seu exercício contra o interesse social ou econômico que a lei determinasse³, o direito ao habeas corpus e, pela primeira vez, a ordem econômica e social foi inserida numa Carta Magna brasileira⁴. Na constituição de 1946 a inovação se deu também nos direitos sociais, por conta dos avanços notadamente na esfera trabalhista, ocorridos desde a carta anterior⁵.

A Carta de 1967 pode-se dizer, que nada trouxe de novidade em termos substanciais. E a de 1988, embora muito diferente das anteriores, refletiu o avanço do Direito e da história de uma forma geral, alargando o rol de direitos fundamentais não mais limitados a relação cidadão-estado. Importante também destacar que a chamada Constituição Cidadã foi elaborada no início daquele que a nosso ver foi o início da democracia efetiva no Brasil. Se diz que o Brasil experimentou a democracia em outros dois períodos, na República Velha e de 1945 a 1964. Entretanto, é necessário destacar que na República Velha, só os homens alfabetizados votavam, o que excluía a maior parte da população, sem contar que o voto não era secreto, o que permitia uma série de manipulações e fraudes. E no período compreendido entre 1945 e o golpe de abril de 1964, tivemos várias intercorrências como o suicídio de Getúlio Vargas, para evitar um golpe de estado e seu mandato foi concluído pelo Presidente da Câmara dos Deputados em razão do

² Até 1932 as mulheres não podiam votar. Com a edição do Código Eleitoral Provisório em 1932, de forma facultativa foi aberta a possibilidade de voto, mas restrito às mulheres casadas desde que autorizadas pelo marido e as viúvas e solteiras que fossem independentes financeiramente. O Código de 1934 permitiu o voto feminino de forma irrestrita, exigindo somente a alfabetização.

³ Na Constituição de 1824, o artigo 179 estabelecia: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. ". Na de 1891: Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. Já a de 1934: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito á indenização ulterior.

⁴ "Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País."

⁵ Estabelecendo no artigo 145: "Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social."

afastamento do Vice-Presidente⁶, a resistência à posse de Juscelino Kubitschek, duas tentativas de golpe durante seu mandato⁷ e posteriormente a renúncia de Jânio Quadros, a dificuldade para a posse de João Goulart, que só ocorreu de um lado pela formação da Rede da Legalidade⁸ e de outro pela implementação a fórceps do Parlamentarismo. Naquele período, que compreendeu quatro mandatos, sete pessoas ocuparam a Presidência da República, e entre eles não estão incluídos o Presidente da Câmara dos Deputados⁹ em 1964 e muito menos o Ditador Castello Branco. Assim, pode-se dizer que democracia mesmo temos a partir da Constituição Federal de 1988. E o Direito e a sua positivação refletem a história.

Os críticos da Carta de 1988 parecem ignorar a história do Direito e sua evolução, como se os direitos fundamentais tivessem surgido do nada, em total descompasso com o pensamento jurídico. Essa pequena e insignificante parcela do pensamento jurídico é integrada muitas vezes por figuras sem ou com pouca densidade no mundo acadêmico, como dizia o saudoso Professor Geraldo Ataliba Nogueira, juristas de televisão.

Marcelo Scheink Duque¹⁰, citando Planiss, diz que “os direitos fundamentais devem ser compreendidos na conectividade histórica, ou seja, em conformidade com o seu condicionamento às relações sociais e econômicas de seu tempo”, advertindo o Professor gaúcho que, “para que se compreenda o significado e o alcance dos direitos fundamentais, recomenda-se um olhar, ainda que breve, para trás.”

Ingo Wolfgang Sarlet põe uma pá de cal nessa estória, dizendo:¹¹ “direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados.”. Portanto, os direitos fundamentais criticados por setores que se apresentam como modernizadores, mas na verdade querem retroceder, por não suportarem conviver com a ideia de equidade, refletem a luta social, as conquistas da sociedade civil.

De outro lado, há uma amnésia de alguns entusiastas de primeira leitura que não reconhecem ou ignoram fatos absolutamente relevantes que levaram às grandes conquistas na Carta de 1988. E exemplos não faltam, como o direito à igualdade entre homens e mulheres. Essa luta é antiga e teve importantes marcos, como as modificações do próprio Código de 1916, que abrandaram a diferença relativamente ao homem, o Estatuto da Mulher Casada¹², a Lei do Divórcio e, mais

⁶ José Fernandes Campos Café Filho, que governou do suicídio de Vargas, 24 de agosto de 1954 até 8 de novembro de 1955, em meio a uma série de crises políticas que envolvia a posse da chapa Juscelino Kubitschek e João Goulart, teve problemas de saúde, tendo assumido a presidência o então presidente da Câmara dos Deputados Carlos Luz.

⁷ Revoltas de Jacareacanga e Aragarças.

⁸ Após a renúncia do Presidente Jânio Quadros, em agosto de 1961, ministros militares não queriam dar posse ao vice-presidente João Goulart, que naquele momento se encontrava em viagem oficial na China. No Rio Grande do Sul, o então governador Leonel Brizola iniciou um movimento defendendo a legalidade constitucional e a posse do vice-presidente eleito. O Governador gaúcho requisitou uma Rádio e por ela passou a conclamar o povo a exigir a posse.

⁹ Deputado Ranieri Mazzili que assumiu o cargo em 2 de abril de 1964.

¹⁰ Em *Direitos Fundamentais, Teoria e Prática*, editora Revista dos Tribunais, p. 35.

¹¹ Em *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 4ª edição, p. 315.

¹² Lei n° 4121/62, que praticamente emancipou as mulheres, dispensando em muitas situações a tutela do marido.

do que isso, parece que se desconsideraram algumas das fontes do Direito, como a doutrina e a jurisprudência, que já reconheciam há muito tempo a paridade entre os gêneros.

No mesmo sentido alguns tratam os chamados novos direitos, tanto na área do Direito Ambiental como no das Relações de Consumo, como revolucionários, como se não decorressem da evolução do Direito de uma forma geral. Não dá para falar sobre Direito Ambiental abstraindo normas civis que já disciplinavam atividades lesivas ao meio ambiente como os Códigos Florestais de 1937 e de 1965 e da Lei que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981¹³. Mesmo o Código Civil de 1916 já tratava de questões atinentes ao meio ambiente, como por exemplo, as regras sobre águas e o direito de vizinhança entre outras.

Nas relações de consumo, também. É certo que a relação foi regrada após a Constituição de 1988 e por determinação desta. Mas refletiu o processo histórico do direito, como pretendemos demonstrar, até porque o direito não nasceu em 1988 e para compreender a importância e a incidência dos direitos fundamentais para as relações de consumo, é imprescindível visitar o Direito Civil, não por acaso a única matéria lecionada do primeiro ao último dia do Curso de Direito. Como a relação de consumo é contratual, abordaremos adiante a evolução desse campo do direito, no que diz respeito a transformação de alguns de seus princípios.

2. Os Direitos Fundamentais

A origem dos chamados direitos fundamentais tem como ponto de referência a Carta Maior de Liberdade do Rei João sem Terra em 1215. Ingo Wolfgang Sarlet, observa, entretanto, que antes mesmo nos séculos XII e XIII, existiram outras disposições como as chamadas cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis ¹⁴ que traziam alguns traços do que hoje se têm como direitos fundamentais. Outras normas supervenientes como o Pacto de Myflower (1620), Bill o Rights ¹⁵ em 1688, Declaração de Diretos do Povo da Virginia e Independência das 3 Colônias em 1776, Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão após a revolução francesa, Constituição de Weimar de 1919, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Essa evolução histórica levou à ideia, concebida por Karel Vasak ¹⁶ , das gerações de direitos, períodos hoje designados como dimensões¹⁷, que se entende

¹³ Lei nº 6.938/81.

¹⁴ Idem, p. 303.

¹⁵ Declaração de Direitos.

¹⁶ Ao proferir conferência no Instituto Nacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, França em 1979.

¹⁷ Willis Santiago Guerra Filho, sobre a adoção de dimensões, diz: *“Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada- e conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando- se a sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental. (Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Celso Bastos Editor, 2. ed., p.*

por mais abrangente. Há controvérsia quanto ao número de dimensões, mas é unânime que a primeira se ateu a autonomia do indivíduo frente ao Estado¹⁸, a segunda em decorrência do advento do Estado Social¹⁹ e os direitos econômicos e sociais. A terceira dimensão de direitos têm como traço marcante os direitos transindividuais²⁰.

Flávia Piovesan aponta que a Carta de 1988, resguardando o valor da dignidade da pessoa humana, privilegia a temática dos direitos fundamentais criando uma nova topografia constitucional²¹. Nelson Nery Jr. e Goerges Abboud têm os direitos fundamentais como uma reserva de direitos²². André Ramos Tavares fala em conjunto de direitos pertencentes aos homens que englobam os direitos individuais, sociais, econômicos culturais e coletivos²³. E aí está a conexão do Direito com a História, já que a Constituição de 1988 incorporou todas essas ideias concebidas pela Doutrina.

3. A evolução dos princípios contratuais

Se o contrato teoricamente é o encontro de vontades, não dá para falar desse vínculo jurídico sem levar em conta a evolução de alguns de seus princípios. Começemos então pela autonomia da vontade, a livre contratação, a supremacia

39).

¹⁸ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr., falando sobre a hoje primeira dimensão de direitos observam: *“São direitos que surgiram com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado”* (Curso de Direito Constitucional, Editora Verbatim, 20ª edição).

¹⁹ A supremacia da vontade perdeu terreno para os direitos de segunda geração, como observa Norma Sueli Padilha¹⁹: *“Os valores tradicionais, individualistas da sociedade contemporânea moderna, foram sendo sobrepujados conforme era implementada a evolução da sociedade industrial e acelerado o ritmo do sistema de produção, franqueado pela descoberta de novas fontes energéticas. Desenvolve-se a economia de mercado, baseada na livre iniciativa e acúmulo de capital, relegando-se à classe majoritária ser participe da modernidade e do desenvolvimento apenas pela inclusão propiciada pelo trabalho realizado mediante seu esforço físico”*. (Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial, Sergio Antônio Fabris Editor, p.25).

²⁰ Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, abordando a terceira hoje dimensão de direitos, ensinam: *“A terceira geração sintetiza os direitos da primeira e da segunda gerações sob o viés da solidariedade, adensando-os numa perspectiva de equilíbrio do poder-inclusive-ideológico- em favor do ser humano, seja homem ou mulher, negro ou branco, angolano ou saudita, cristão ou muçulmano, rico ou pobre, desenvolvido ou subdesenvolvido, da cidade ou do campo, jovem ou idoso, instruído ou analfabeto, ou possível de qualquer outra divisão que se faça, haja vista sermos todos iguais em essência, dignidade e humanidade. A partir desse novo enfoque é superada a exclusividade da tutela estatal, isto é, não se permite mais fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoa, vinculada a este ou àquele Estado; o homem passa a ser visto como um gênero que possuía anseios e necessidades comum, dentre as quais a paz, o desenvolvimento econômico e um meio ambiente sadio.”*(Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções, Editora Saraiva, p. 177).

²¹Em Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Editora Saraiva, 7ª edição, 33.

²²Em Direito Constitucional Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, p. 265.

²³ ANDRÉ RAMOS TAVARES, em Dicionário de Direito Constitucional, Coordenado por Dimitri Dimoulis, Editora Saraiva.p.143.

da vontade individual. Fernando Rodrigues Martins, abordando a autonomia da vontade, ensina²⁴: “Para ter ideia, à luz das concepções contratuais individualistas era impossível contemplar a ideia de abuso do direito, porque o sujeito, sendo titular de determinada faculdade ou de um direito subjetivo, tinha seu manejo garantido pelo sistema jurídico, sendo inconcebível entender que o respectivo exercício, deveras ilimitado, fosse violador de direito. Não que a teoria do abuso do direito não existisse, mas no campo dos contratos e do direito das obrigações a noção de abuso do direito era quase inexpressiva”. Ricardo Luiz Lorenzetti, discorrendo sobre a concepção liberal do contrato aborda a autonomia da vontade ²⁵ : “A autonomia da vontade, a liberdade, essencial para o liberalismo político, era considerada um direito fundamental anterior à organização do Estado; O indivíduo só estava obrigado quando desejava, quando expressava livremente sua vontade. Esta autonomia, se referia à possibilidade de contratar ou não, selecionar o contratante, e determinar o conteúdo do vínculo ¹”. E sobre seus efeitos: “O contrato reflete o modelo negocial de conduta e respeito pela palavra empenhada. Portanto, uma vez assegurado o consentimento, pleno, o papel dos tribunais deve ser limitado à aplicação da ‘lei’ entre as partes”. César Fiuza, no mesmo sentido, destaca a importância do princípio:²⁶ “É o mais importante princípio. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social.”. Mas esse princípio, que tinha de início dentre outras finalidades a de afastar o poder do Estado, de interferir nos contratos, revelou-se absolutamente inadequado. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira apontava que o princípio não era absoluto²⁷: “Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outro vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato.” Fabio Ulhôa Coelho fala que incidia a autonomia naquelas hipóteses em que a lei não impunha limites²⁸, reconhecendo que tal liberdade foi sendo crescentemente reduzida no século passado²⁹.

²⁴ Fernando Rodrigues Martins, em Princípio da Justiça Contratual, Editora Saraiva, 2. ed., p. 103.

²⁵ RICARDO LUIZ LORENZETTI, Em Tratado dos Contratos, Parte Geral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª. Edição, p. 26/27.) Tradução livre do Autor: No original: “*La fuerza obligatoria de lo convenido era esencial para este modelo: los contratantes se obligaban sólo en cuanto la palabra empeñada fuera mantenida; no era admisible que se modificara por parte del legislador, o fuera revisada por los jueces, o no se cumpliera. La asimilación del contrato a la ley respondía a la necesidad de dar seguridad jurídica. Lo libremente acordado era considerado justo, y no revisable.*” “*La autonomía de La voluta: La libertad, esencial para ele liberalismo político, era considerado um depreco fundamental anterior à lá organizacional dele Estado; ele individuo solo quedava obrigado curando ló desaba, es devir, curando havia expressado una voluta libre. Esta autonomia se referia a la posibilidad de contratar o no, de seleccionar al contratante, y determinar e contenido del vinculo.*”

²⁶ CÉSAR FIUZA, Em Direito Civil, Editora Del Rey, 15. ed., p. 456.

²⁷ CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA Em Instituições de Direito Civil, vol. III Editora Forense, 10. ed., p. 10.

²⁸ “*É a referência ao reconhecimento, pela ordem positiva, da validade e eficácia dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma para a doutrina é a que se manifesta livremente na criação de direitos e obrigações porque nenhuma lei os preestabelece.*” In: Curso de Direito Civil, Contratos, Editora Saraiva, 3. ed., p. 6.

²⁹ “*No segundo quadro evolutivo da teoria dos contratos, autonomia da vontade sofre sucessivas e*

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves fala em supremacia da ordem pública e a necessidade da intervenção estatal. Orlando Gomes reconheceu sua inadequação³⁰: “Todos sabem que essa bela construção tornou-se inadequada, se bem que continue presente nos códigos mais modernos, coexistindo, entretanto, com os andaimes de uma concepção antagônica, que atestam cada dia a necessidade de controle do exercício dessa liberdade e, assim, de uma reconstrução que modifique seu estilo”. O mestre baiano credita a Lacordaire a seguinte colocação³¹: “Entre o forte e o fraco a liberdade escraviza e o direito liberta”. Hoje já não se fala em autonomia da vontade, mas em autonomia privada, tendo em vista que a liberdade de contratar, não pode ultrapassar os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Já dissemos em outras oportunidades e reforçamos também neste trabalho que os contratos e as obrigações têm duas fontes basicamente, a lei e o contrato, e que a segunda é subsidiária. É evidente que a maioria das obrigações decorre do contrato, mas a fonte principal é a Lei. Isto significa que não se pode admitir contrato com previsão contra a disposição legal. Na verdade, há certo vício dos operadores do direito em geral no sentido de que podem estabelecer o que bem entenderem. Mas não é nem nunca foi assim, porque se há liberdade para contratar, não há para estabelecer o direito, atividade privativa do Estado. O Ordenamento permite contratar dentro da Lei, nunca fora dela. Entretanto, não é o que vê diariamente. E como exemplo desse abuso de direito temos uma cláusula comum nos contratos dos estacionamentos de veículos em que consta a advertência de que o estabelecimento não se responsabiliza pelos objetos deixados no interior dos automóveis. Essa advertência, como muitas outras disposições limitadoras de direitos, simplesmente não valem, mas são feitas todos os dias, porque muitos ainda acreditam que podem estabelecer o direito.

Paulo Luiz Netto Lobo diferencia as expressões, por seus respectivos momentos históricos. Autonomia da vontade em decorrência do individualismo e da soberania da vontade individual e Autonomia privada limitada pela intervenção do estado³². Claudio Luiz Bueno de Godoy³³, falando sobre os dois momentos, observa: “Essa liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação”. E conclui: “Ora em face desse panorama, forçoso admitir a necessidade de se recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la em novos moldes, base do que hoje se chama de autonomia privada”. E, com razão, se verificarmos a história, concluiremos que inicialmente acreditava-se na autonomia da vontade ³⁴pela supremacia da vontade individual, diante da parca presença

consideráveis restrições, manifestadas inicialmente nas relações de trabalho e, a partir de meados do século XX, também nas de consumo”. Idem, p. 10.

³⁰ ORLANDO GOMES, Em Enciclopédia Saraiva de Direito, Vol.9, Editora Saraiva, p. 258.

³¹ *Ibidem*, p.11.

³² *Idem*.

³³ Claudio Luiz Bueno de Godoy, em *Função Social do Contrato*, Editora Saraiva, 4ª edição, pp.31/32. ³⁴ Neste sentido, Carvalho Santos, comentando o artigo 1.079 do Código Civil de 1916, dizia: “Sobre a liberdade contratual e seus limites, costuma-se dizer que o contrato depende única e exclusivamente da vontade das partes, aceitando muitos, como regra absoluta, o princípio da autonomia da vontade. De fato, em regra, existe a autonomia da vontade. Todos têm a liberdade de contratar ou de não contratar. Se resolvem contratar, podem estipular as cláusulas que lhes convenham respeitadas os princípios de ordem pública, sendo-lhes lícito emprestar aos seus contratos os aspectos mais variados, fora dos moldes comuns previstas na lei, adaptando uns aos

estatal na regulação e disciplina dos contratos. Neste sentido, oportunas também as palavras de Alexandre Guerra, que aponta a alteração das relações sociais³⁵: “Os princípios regentes da Revolução Francesa fizeram com que o direito passasse a ser concebido como a maior arma de proteção do indivíduo contra o arbítrio do estado. Liberdade, igualdade e propriedade foram inicialmente proclamadas como direitos absolutos. No entanto, com a alteração das relações sociais que se seguiram, passou-se a abusar especialmente da liberdade ampla e geral então conferida, que veio a ser empreendida justamente como meio de exploração dos fracos pelos fortes”.

A ausência do Estado pode ser constatada no Direito Brasileiro no Código Civil de 1916, lembrando que ele refletia a mentalidade oitocentista e que Clóvis Bevilacqua, o autor do anteprojeto, incluiu no texto o instituto da lesão, que foi excluído pelo Congresso Nacional. Importante destacar que naquele momento da elaboração e tramitação do anteprojeto de Clóvis Bevilacqua³⁶ estava em vigor a Constituição Federal de 1891. Assim, era na legislação infraconstitucional que se encontravam regulados os interesses dos chamados particulares, exceto as obrigações decorrentes das atividades comerciais regradas pelo Código Comercial. O Código Civil anterior regulava a quase todas as relações de natureza civil, dispondo sobre o contrato de trabalho ³⁷, a locação, e era exageradamente permissivo, admitindo até, na relação de emprego, a não estipulação do valor da remuneração e nem critérios mínimos para sua posterior fixação, deixando ao arbítrio posterior³⁸.

O Diploma refletia a mentalidade oitocentista, tratando as pessoas como iguais. Mas o tempo mostrou que a regra aberta dava margem a muitos abusos e por essa razão ganhou corpo a intervenção estatal, com sucessivas leis esparsas disciplinando contratos, como o de trabalho e a locação e a até mesmo a usura³⁹. Essa mudança coincidiu e não por acaso com a mudança de poder em 1930 e o início do processo de transformação da sociedade rural para a industrial, do campo para a cidade. O fato é que aquela norma aberta de 1916 foi sendo contornada,

outros, de forma a criar espécies verdadeiramente novas.” In: Código Civil Brasileiro Interpretado, Editora Freitas Bastos 7. ed., vol. XV, p. 6-7.

³⁵ Em Responsabilidade Civil por Abuso de Direito, Editora Saraiva, pp.397/398.

³⁶ O projeto foi elaborado por Clóvis Bevilacqua, que o entregou no final do século XIX. O projeto demorou 15 anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional.

³⁷ No artigo 1.216, que dizia: “Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

³⁸ Tanto que o artigo 1.218 estabelecia: “Art. 1.218. Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.”

³⁹ O Código de 1916 não disciplinou matéria de forma completa. Estipulava no artigo 1.062 a taxa dos juros moratórios. Diante dos abusos praticados, o Governo Federal expediu o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como a Lei da Usura, limitando os juros a taxa de 12%(doze por cento) ao ano e vedando o anatocismo. Em 1964, a Lei nº 4.595 conferiu poderes ao Banco Central do Brasil para o controle das taxas de juros. Essa regra permitiu aos bancos a cobrança pelas taxas de mercado. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela súmula 596(“As disposições do Decreto n. 22.62/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”) que as disposições relativas às taxas de juros previstas na Lei da Usura não se aplicavam as Instituições Financeiras.

seguindo a tendência do dirigismo contratual. Daí que hoje se fala em autonomia privada e não propriamente em autonomia da vontade.

Outro princípio que também sofreu um temperamento foi o da Obrigatoriedade, que tem por finalidade o reforço do cumprimento da obrigação, que já deu ao contrato “a força de lei entre as partes”. A força vinculativa é absolutamente necessária, mas isso não afasta o exame da legalidade da conclusão do contrato e mais recentemente de seu próprio conteúdo, que não pode em nenhuma hipótese ir contra o mandamento da lei. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, falando sobre o controle sobre os contratos e a autonomia privada observam⁴⁰: “O Direito, confiando em absoluto no jogo livre das vontades individuais, numa liberdade entendida, tal como a igualdade, em sentido formal, abdicava, de modo voluntário, de intervenções nos clausulados negociais. Este estado de coisas era reforçado por uma reação pendular aos entraves que as regulamentações complexas dos regimes pé-liberais haviam colocado à contratação livre e que se revelava nociva à revolução industrial. Nesse cenário, o juiz limitava-se a conferir a legalidade formal dos contratos e a sua correspondência com a vontade inicial das partes, indiferente por ofício, à justeza material dos arranjos de interesses por eles prosseguidos”.

A obrigatoriedade calcada na ideia de respeito à palavra dada, do livre consentimento, cedeu, por exemplo, nas relações de consumo, a ideia de que o consentimento depende de uma ampla e correta informação prévia e, principalmente, de um contrato simples e inteligível, considerando a presunção absoluta da vulnerabilidade nas relações de consumo, em especial a vulnerabilidade jurídica. Neste sentido, a regra do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor não dá margem a dúvida⁴¹. Já dissemos anteriormente, que a informação prévia e adequada é um requisito de validade do negócio jurídico entre fornecedores e consumidores e que esse direito se agrega aos já previstos no artigo 104 do Código Civil.

Por outro lado, o próprio conteúdo do contrato pode ser afetado, de um lado pela incidência dos princípios da boa-fé e da função social do contrato e, na relação de consumo, pela possibilidade de modificação e revisão de cláusulas, permitindo tanto na esfera civil como na consumerista a preservação do contrato.

4. A Defesa do Consumidor como Direito fundamental

A atual Constituição estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXII, o direito fundamental à defesa do Consumidor⁴². Sergio Cavalieri, também trabalhando com o Direito e sua evolução aponta⁴³: “O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei

⁴⁰ *In*: Da Boa-fé no Direito Civil, Edições Almedina, 5. reimpressão, Coimbra, 2013, p. 652.

⁴¹ Art. 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.”

⁴² Art. 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: XXXII-o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴³ Em Programa de Direito do Consumidor, Editora Atlas 3ª. edição, p. 10.

ordinária. Ele é a concretização daquela longa evolução”. Esse reconhecimento da necessidade de garantir a proteção dos consumidores está determinado no artigo quinto da Constituição Federal e consignado no artigo primeiro do Código de Defesa do Consumidor ⁴⁴. O Diploma não só decorre da garantia fundamental como de princípio da ordem econômica⁴⁵. Esse direito fundamental tem como consequência imediata, a imperatividade da lei que tem caráter cogente e que se sobrepõe a qualquer disposição contratual. Neste sentido, ensina Nelson Nery Jr⁴⁶: “As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição.”

No mesmo sentido são os entendimentos de Sergio Cavalieri⁴⁷ e José Geraldo Brito Filomeno ⁴⁸. Rizzatto Nunes é enfático ao demonstrar a força da imperatividade e seu alcance⁴⁹: “Na medida em que a Lei n° 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados”. E sobre sua conexão com o texto constitucional aponta: “O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro. Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros.”

O caráter obrigatório da Lei por si só seria uma novidade, mas o CDC foi além, aprimorando o direito à informação e como não vincular ela a figura do erro do Código Civil, presente nos defeitos do negócio jurídico e nos vícios redibitórios. A errada percepção das coisas que não requer participação, conduta da outra parte. Na relação de consumo, em razão da vulnerabilidade, o erro deixa de existir

⁴⁴ “Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

⁴⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁴⁶ *Em Leis Civis Comentadas*, Editora Revista dos Tribunais, 1. ed., p. 181.

⁴⁷ “Normas de ordem pública são normas cogentes, imperativas, pelo que indispensáveis e de observância necessária. As partes não podem alterar o conteúdo do dever nelas estabelecido e o juiz deve aplicá-las *ex officio*, isto é, independentemente de provocação do consumidor.” (*Programa de Direito do Consumidor*, Editora Atlas, 3. ed., p. 13).

⁴⁸ “O caráter cogente, todavia, fica bem marcado, sobretudo, na Seção II do Capítulo VI, ainda do título I, quando se trata das chamadas cláusulas abusivas, fulminadas de nulidade*c..art. 51 do Código), ou então já antes, nos arts. 39 a 41, que versam sobre as “práticas abusivas (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Editora Forense, 10ª edição, p.17).

⁴⁹ *In: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Saraiva, 6. ed., p. 76.

cedendo lugar à informação, ao dever de informação para o fornecedor. Embora consignado em vinte e duas passagens do CDC e previsto como Direito Básico, fundamental dos Consumidores há a imposição de uma contraprestação aos Fornecedores, uma obrigação positiva para a mais precisa e consciente decisão do consumidor, para sua inequívoca manifestação da vontade. Veja-se mais um avanço do Direito, do erro ao direito de informação que não cogita da igualdade ou da pessoalidade, porque as relações são impessoais e marcadas pela vulnerabilidade que é a antítese da igualdade presumida nos negócios jurídicos em geral. Alexandre David Malfatti afasta a figura do homem médio e aponta critérios para o dever de informar do fornecedor⁵⁰: “Oportuno desmistificar a figura do consumidor como ‘homem médio’, ‘homem comum’ ou ‘bonus pater famílias’. Ao conceber a mensagem, o fornecedor não deve partir do nível de conhecimento, do estilo de vida, ou do grau de cultura de um padrão de pessoa que se convencionou qualificar como homem médio.”

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor⁵¹, talvez seja o maior exemplo da importância do direito à informação e é mais um avanço do Direito que procura estar próximo à realidade.

E o Código de Defesa do Consumidor, a garantia fundamental do cidadão no Contrato de Consumo, mostra inúmeros avanços do Direito de uma forma geral e demonstra a necessidade e a pertinência dessa defesa ser uma garantia fundamental.

Conclusão

O Direito não foge da realidade e está sempre evoluindo. O ordenamento jurídico pode estar muitas vezes aquém de seu tempo, mas por questões políticas que muitas vezes encobrem a realidade e frustram o sentimento do que é justo. Se o Brasil passou por muitos momentos de turbulência institucional, essa nuvem pesada afetou a clareza das leis de uma forma geral, mas nunca fez e nunca fará sombra ao Direito, porque ele é vivo e imortal.

Aqueles que querem suprimir a história, divorciá-la do Direito, não têm argumentos. Podem até escondê-la na base da força, mas não há como sepultá-la.

⁵⁰ Em Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor, Alfabeta Jurídico, p. 260.

⁵¹ “Art. 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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Verbatim, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 3 .

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no direito civil**. 5ª Reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

DIMOULIS, Dimitri (Coord). **Dicionário de direito constitucional**. Organizado por André Ramos Tavares et al. São Paulo: Editora Saraiva.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 15. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Em enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Editora Saraiva. v. 9.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade civil por abuso de direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado dos contratos: parte geral**. 2. ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

MALFATTI, Alexandre David. **Direito e Informação no Código de Defesa do Consumidor**. Alfabeta Jurídico.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NERY JR, Nelson; ABBUD, Georges. **Em direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Leis Civis Comentadas. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.**

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.**

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris Editor.**

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos: declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2001. v. 3 . 401 p.**

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7.ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.**

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.**