



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**AMANDA DE OLIVEIRA MONTENEGRO**

**ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA: ANÁLISE COM BASE NA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

**CAMPINA GRANDE  
2017**

**AMANDA DE OLIVEIRA MONTENEGRO**

**ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA: ANÁLISE COM BASE NA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito Constitucional e Direito do Consumidor.

**Orientador:** Profa. Dra. Renata Oliveira Almeida Menezes.

**CAMPINA GRANDE  
2017**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M776a Montenegro, Amanda De Oliveira  
Abuso de direito nos contratos de massa [manuscrito] : análise com base na constitucionalização do direito privado / Amanda De Oliveira Montenegro. - 2017.  
63 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação: Prof. Dra. Renata Oliveira Almeida Menezes, Departamento de Direito Privado".

1. Constitucionalização do direito privado. 2. Contratos de massa. 3. Princípios contratuais. I. Título.

21. ed. CDD 346

AMANDA DE OLIVEIRA MONTENEGRO

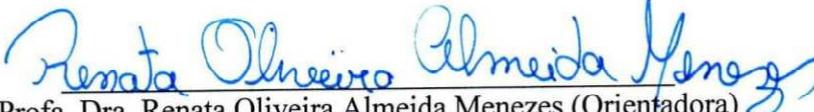
ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA: ANÁLISE COM BASE NA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito do Consumidor.

Aprovada em: 03/04/17.

**BANCA EXAMINADORA**

  
Prof.ª. Dra. Renata Oliveira Almeida Menezes (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
Prof.ª. Dra. Ludmila Albuquerque Douettes Araújo  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
Prof.ª. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao Senhor, DEDICO! Porque dEle, e por meio dEle, e para Ele são todas as coisas. A Ele, pois, a glória eternamente. Amém!

## AGRADECIMENTOS

Ao Senhor, acima de todas as coisas, autor e consumidor da nossa fé, que nos fez chegar até aqui e trilhou todos os nossos caminhos, quando nenhum deles ainda existia.

Aos meus pais Roberto e Antônia, por toda ajuda e incentivo durante toda a graduação, bem como aos meus irmãos Gabriel e Robertinho, a minha cunhada Deize e aos meus sobrinhos que me trazem tamanha felicidade Murilo e Rebeca, por toda a compreensão que tiveram nas minhas ausências.

Às minhas amigas Wanessa e Ana Carla, verdadeiras irmãs que a UEPB foi generosa em me presentear, que viveram comigo todos os dias as alegrias e dores de cabeça que a graduação nos trouxe, sempre juntas, pela amizade na qual eu pude contar em todos os momentos da graduação e fora dela. Além delas, a Anchieta pelas incontáveis caronas, Jéssika, Thais e Igor pela disponibilidade sempre, estando prontos a ajudar no que eu precisasse.

Aos que me acompanharam fora da Universidade, em especial, Leandro, pelo carinho em meio ao estresse sempre com palavras e atitudes de incentivo e força, Fernanda, Alanne, Aline, Sandrinha, Taciana, Priscila e Fabi, por todo companheirismo, que contribuíram ao longo desses intermináveis anos, e que, embora estivessem por vezes ausentes fisicamente, me davam forças sempre e eu podia ter a certeza que poderia contar com eles em todos os momentos que precisasse.

À professora Orientadora Renata Oliveira Almeida Menezes pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação, pela dedicação e principalmente pela paciência em me orientar num período tão curto e em meio a tantas dificuldades.

Aos funcionários da UEPB, especialmente Gilberto e Seu Luiz, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos demais amigos e familiares que eu não pude citar, pelos momentos de amizade e apoio.

A todos, o meu muito obrigada!

“A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida” (Jhering)

## RESUMO

O estudo em questão tem como finalidade analisar, a princípio, o abuso de direito nos contratos de massa com o olhar voltado para o instituto da constitucionalização do direito, mais precisamente nas relações contratuais privadas e o papel de importância que este fenômeno exerce na relativização dos princípios contratuais clássicos. Atrelado a isso, temos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que visa a proteção e garantia dos direitos difusos, de massa e transindividuais no Estado Democrático de Direito. Buscou-se trazer à baila a problemática dos contratos, a partir da sua evolução ao longo dos anos, apresentando a forma como este instituto fora incorporado em nosso ordenamento jurídico, por meio dos contratos de massa, inerentes ao presente trabalho. Os contratos em massa são um artifício usado para a inclusão de cláusulas claramente abusivas neste tipo de contrato, de forma a trazer prejuízos e problemas para o consumidor, tornando a relação contratual visivelmente desequilibrada e onerosa demais para a parte vulnerável da relação. Posteriormente, foi dedicado um capítulo exclusivo para analisar a relativização dos princípios contratuais clássicos, explicando de forma sucinta alguns dos princípios norteadores do direito contratual, tais como a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos dos contratos, apresentando a relativização de tais princípios atrelados aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos como solução para amenizar as constantes práticas abusivas nos contratos de massa, na busca pelo equilíbrio contratual. Para tanto, a problemática desenvolvida nesse trabalho foi baseada na verificação da crise na teoria clássica dos contratos, com a valorização da pessoa humana e a consequente relativização dos princípios contratuais, na busca pelo equilíbrio contratual. O objetivo do presente estudo é efetivamente contribuir com a comunidade jurídica e a sociedade na tentativa de coibir os abusos de direito nos contratos de massa e salvaguardar os direitos daqueles que se encontram em latente desequilíbrio contratual, tendo em vista o fato de o contrato ser um verdadeiro instrumento social nos dias atuais. E, no que se refere à metodologia, foi realizada uma pesquisa essencialmente bibliográfica, respaldada principalmente na doutrina, através de livros e artigos, e na jurisprudência, com o fito de coletar dados necessários para a construção do presente trabalho.

**Palavras-Chave:** Constitucionalização do Direito Privado, Contratos de Massa, Princípios Contratuais.

## RESUMÉN

El presente estudio tiene como objetivo analizar en primer lugar el abuso de los derechos en los contratos de masas con los ojos sobre la constitucionalización del instituto de la ley, más precisamente en las relaciones contractuales privadas y el papel de la importancia que este fenómeno tiene en la relativización de principios clásicos contractuales. Junto a esto, tenemos un efecto horizontal de los derechos fundamentales, dirigidos a proteger y garantizar los derechos difusos, de masas y transindividuales el estado de derecho democrático. Él trató de plantear la cuestión de los contratos, de su evolución a lo largo de los años, que muestra cómo este instituto se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico mediante contratos de masas, inherentes a este trabajo. Los contratos a granel son un dispositivo utilizado para la inclusión de términos claramente abusivos en este tipo de contratos con el fin de traer las pérdidas y problemas para los consumidores, por lo que la relación contractual claramente desequilibrada y demasiado costoso para vulnerable parte de la relación. Se dedicó más tarde todo un capítulo a analizar la relatividad de los principios contractuales clásicas, explicar, brevemente, algunos de los principios rectores del Derecho contractual, tales como la libertad de elección, la fuerza vinculante de los contratos y la relatividad de los efectos de los acuerdos, con el relativización de tales principios vinculados a los principios de buena fe objetiva y la función social de los contratos como una solución para aliviar la constante práctica abusiva en los contratos de masas en la búsqueda del equilibrio contractual. Por lo tanto, el problema desarrollado en este estudio se basa en la verificación de la crisis en la teoría clásica de los contratos, con la apreciación de la persona humana y la consiguiente relativización de los principios contractuales en la búsqueda del equilibrio contractual. El objetivo de este estudio es contribuir eficazmente a la comunidad jurídica y la sociedad en un intento de frenar el abuso de los derechos en los contratos de masas y salvaguardar los derechos de los que están en desequilibrio contractual latente, dado el hecho de que el contrato es un verdadero instrumento social en la actualidad. Y en cuanto a la metodología, una investigación bibliográfica en esencia se llevó a cabo, con el apoyo principalmente en la enseñanza, a través de libros y artículos, y la jurisprudencia, con el objetivo de recoger los datos necesarios para la construcción de esta obra.

**Keywords:** Constitucionalización del Derecho Privado, Los contratos de masas, Principios contractuales.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E REPERCUSSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR</b> .....	11
2.1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	11
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	15
2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELAÇÃO CONTRATUAL CONSUMERISTA .....	20
<b>3 CONTRATOS DE MASSA E ABUSIVIDADE</b> .....	24
3.1 BREVE HISTÓRICO DOS CONTRATOS .....	24
3.2 ESPÉCIES DE CONTRATOS DE MASSA .....	27
<b>3.2.1 Contratos de adesão</b> .....	28
<b>3.2.2 Cláusulas contratuais gerais</b> .....	30
<b>3.2.3 Contratos do comércio eletrônico</b> .....	31
3.3 ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA .....	33
<b>4 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NOS CONTRATOS DE MASSA</b> .....	38
4.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS GERAIS: TEORIA CLÁSSICA .....	39
<b>4.1.1 Princípio da autonomia da vontade</b> .....	39
<b>4.1.2 Princípio da força obrigatória dos contratos</b> .....	42
<b>4.1.3 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos</b> .....	44
4.2 BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS .....	46
4.3 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO CONTRATUAL .....	51
4.4 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PARA O COMBATE AO ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA .....	53
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como tema principal o abuso do direito nos contratos de massa, a ser analisado com base no direito civil contemporâneo e a influência da Constituição sobre ele, e o seu propósito é estudar os institutos contratuais consumeristas e os princípios contratuais clássicos sob uma visão relativizada, regidos pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O objetivo do presente estudo é efetivamente contribuir com a comunidade jurídica e a sociedade na tentativa de coibir os abusos de direito nos contratos de massa e salvaguardar os direitos daqueles que se encontram em latente desequilíbrio contratual, tendo em vista o fato do contrato ser um verdadeiro instrumento social nos dias atuais.

O tema ganha relevância quando passa a ser analisado sob a visão contemporânea do direito contratual e conjugado com a constitucionalização do direito privado porque abandonar-se-á o patrimonialismo individual, repersonalizando as relações contratuais com base na dignidade humana, para relativização dos princípios contratuais clássicos, na busca pelo efetivo equilíbrio contratual, conforme veremos adiante.

Durante este trabalho, passaremos por alguns modelos estatais de cada período, enfatizando as principais distinções conceituais em relação ao direito contratual de cada fase histórica. O Estado Liberal, como o próprio nome sugere, valorava a liberdade individual e buscava limitar e/ou mitigar a atuação estatal da esfera privada, de modo que se tornou uma concepção fadada, abrindo espaço para o Estado Social. Este, por sua vez, ao contrário do anterior, buscou atender ao interesse social e contribuiu sobremaneira para a concepção atual que temos de Estado Democrático de Direito.

No contexto de sociedade industrializada pós revolução industrial, houve a necessidade de um instrumento mais rápido e eficaz, que se manifestou por meio dos chamados contratos de massa. No entanto, sua formação prévia e unilateral acabou por ensejar os abusos de direito praticados contra a parte vulnerável na relação contratual.

O trabalho ora apresentado será desenvolvido através da investigação bibliográfica e se dará por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais, utilizando o método hipotético-dedutivo, de forma explicativa e qualitativa, elegendo como marco teórico a obra da autora Cláudia Lima Marques, intitulado de “Contratos no código de defesa do consumidor” para tratar acerca da relação contratual e dos contratos de massa e os autores Paulo Luiz Netto Lôbo e Luiz Edson Fachin no que se refere a constitucionalização do direito privado.

A problemática a ser desenvolvida nesse trabalho estará baseada em verificar como, mais especificamente nas relações contratuais consumeristas, os princípios da teoria clássica dos contratos serão relativizados nos contratos de massa, na busca pelo equilíbrio contratual. O que se observará é a crise na teoria clássica contratual, que fará com que a valorização da pessoa humana seja exaltada e os direitos fundamentais sejam protegidos e aplicados nas entre particulares.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o fenômeno da constitucionalização do direito privado, sua evolução histórica e repercussão no direito do consumidor, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aparentemente paritários, vinculando-os a partir dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo será trabalhada a formação dos contratos e, para tanto, far-se-á um breve histórico da evolução do conceito de contrato, que culminará em sua concepção contemporânea, passando para uma curta explanação das espécies dos contratos de massa, que são aqueles prévios e unilateralmente estabelecidos por uma das partes em desfavor da outra parte mais vulnerável da relação. Atrelado a isso, finalizamos o capítulo desenvolvendo sobre o abuso de direito nos contratos ditos anteriormente.

O terceiro capítulo versará sobre a relativização dos princípios contratuais, especialmente nos contratos de massa, dentre os quais estão os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos dos contratos, atribuindo-lhes uma leitura na perspectiva constitucional. A relativização defendida se dará tendo por base a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, na busca pelo equilíbrio contratual.

## **2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E REPERCUSSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

O Direito Constitucional encontra-se no topo da pirâmide normativa, sendo considerado a “espinha dorsal” do nosso ordenamento jurídico, de modo que todas as demais regras postas na legislação infraconstitucional se vinculam à carta magna e passam pelo seu “filtro” para que tenham validade dentro do sistema.

Em virtude disso, podemos dizer que o direito constitucional é vetor de interpretação para as demais normas do sistema. E por isso se faz necessário um olhar diferenciado para a Constituição Federal, que décadas atrás era considerada simplesmente como mais um dos diversos ramos do direito, mas que hoje pode ser tida como o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, a Constituição de 1988, considerada “Constituição Cidadã”, teve a preocupação de regulamentar as relações que envolvem o direito privado e tem especial repercussão no direito do consumidor, tendo inovado o tema quando comparado as cartas anteriores, sendo tal fenômeno denominado nesse trabalho de constitucionalização do direito privado.

### **2.1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Para que possamos bem compreender como se deu o instituto da “Constitucionalização do Direito Privado” faz-se necessário abarcar o processo de evolução do Estado Democrático de Direito, que resultou, no Brasil, na Constituição de 1988. Ora, o Estado, em sua concepção atual, é fruto de um longo processo de construção histórica, social e cultural, que tem início com o fim do absolutismo e a proeminência das ideias liberais, que resultaram do chamado Estado Liberal.

O Estado Liberal, que surgiu ao longo do século XVIII e se destacou, como o próprio nome sugere, da necessidade da burguesia, que era detentora do poder econômico, exercer livremente sem a interferência do Estado (ou com interferência mínima deste) suas atividades econômicas (MORAES, 2014, p. 271), ou seja, o foco estava em se conceber um Estado que garantisse os direitos dos indivíduos contra o uso do poder arbitrário dos próprios governantes.

Não há como abordarmos o tema de “Estado Liberal” sem adentrarmos pela seara da revolução francesa, que normalmente é associada ao início da ideia de “liberdade”. No que se

refere ao direito, destacou-se os institutos do negócio jurídico, do contrato e, obviamente, da liberdade contratual, dando igualdade às partes naquele contrato, sem limitações para tal. O que a revolução francesa trouxe, neste sentido, foi, segundo Ricardo Quartim de Moraes (2014, p. 272), “um mercado autorregulado imune a interferências estatais de qualquer gênero”.

Notamos claramente que a luta na revolução francesa era, na verdade, a luta da classe burguesa, emergente na época, contra as classes da nobreza e realeza, detentoras do poder. Assim, o Estado Liberal acabou se prestando a atender os interesses da classe social da burguesia, na defesa por liberdade, para que não houvesse interferência, ou que ela fosse mínima como dito anteriormente, por parte dos detentores do poder nos negócios dessa classe, bem como houvesse também igualdade entre as classes da época, principalmente no que se refere a legislação.

Desta maneira, destacamos o reconhecimento constitucional, ainda que de forma muito precária, por intermédio da revolução francesa, dos direitos individuais fundamentais, como a liberdade, segundo preconiza o autor Norberto Bobbio (2000, p. 18, 19), senão vejamos:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis.

Assim, apesar do Estado Liberal ter conseguido realizar a tão almejada limitação do poder estatal, ele acabou por atender, de um modo geral, apenas os interesses da burguesia pois a massa do proletariado continuava na miséria, sendo explorados e sem seus direitos assegurados.

Dessa forma, vemos que os chamados “direitos de primeira geração” (LA BRADBURY, 2006, p. 4) são criados através do Estado Liberal supracitado e se caracterizam basicamente por requerer uma postura negativa por parte do Estado para que volte os olhos para os menos favorecidos (neste caso, apenas a burguesia) e assegure os chamados direitos subjetivos, ou seja, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança.

Há o entendimento da doutrina de que a constituição seria apenas uma carta política que estaria em vigor para tratar das relações entre o cidadão e o Estado, de forma que este último teria uma conduta negativa (LA BRADBURY, 2006, p. 4) e não poderia se envolver

nas relações entre particulares, que teriam plena liberdade através da autonomia da vontade que a eles pertenciam.

Após o fim da segunda guerra mundial, no século XX, surge o chamado “Estado Social” como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo, especialmente a classe dos trabalhadores, que passaram a reivindicar seus direitos sociais em geral, tais como trabalhistas e previdenciário (MORAES, 2014, p. 273 e 274), por conta da exploração que ocorria com eles após a época da revolução industrial. Houve, na verdade, a necessidade de intervir ou mesmo regular a economia e a ordem social existente na época e, com isso, romper com o antigo Estado Liberal.

Assim, vemos que o fato de se concederem, para a massa da população, os direitos sociais, foi uma forma de amenizar aquela situação para pacificação social e retorno “tranquilo” (ao menos em tese) do mercado (GRAU, 2002, p. 28), que estava à beira de um colapso, tendo em vista que o trabalhador era submetido a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário por doze horas ininterruptas (LA BRADBURY, 2006, p. 5).

O autor Daniel Sarmiento (2003, p. 272) aduz o seguinte:

Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas.

Poderíamos dizer que essa fase seria uma segunda fase do constitucionalismo moderno, onde surgem os “direitos de segunda geração”, que adiciona características sociais e requer do Estado uma postura positiva para que sejam melhoradas as condições de vida e de trabalho da população, sem perder os resquícios e algumas características do anterior Estado Liberal.

Ocorre, na verdade, a publicização do direito privado, tendo em vista os abusos ocorridos, de forma que houve a necessidade do próprio Estado intervir nos abusos para que pudesse se vislumbrar o equilíbrio entre as partes, ou seja, a proteção do vulnerável na relação jurídica.

A disparidade entre aquilo que seria público ou privado era tamanha que o código civil, por regular exclusivamente a relação entre particulares, foi até denominado de “Constituição do Direito Privado”, fazendo com que a própria Constituição Federal sofresse

restrições, sem poderio de aplicabilidade, reestabelecendo a força e importância justamente com a inserção do Estado Social.

No que se refere ao Estado Democrático de Direito, temos um novo modelo de pensar o Estado, que surge na tentativa de corrigir as falhas deixadas pelo Estado Social, explanado anteriormente. O autor Norberto Bobbio (1986, p. 19) traz com maestria a configuração do Estado Liberal e do Estado Democrático de Direito como uma via de mão dupla, senão vejamos:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.

Por óbvio, a lei passa a possuir uma conotação não somente negativa ou restritiva, mas também positiva, de atuação estatal, na busca por uma garantia aos direitos difusos, direitos de massa e a proteção transindividual.

Por ter nascido após um período de ditadura, a nossa Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a conjugação das três formas de Estado aqui explanadas, especialmente o Estado Democrático de Direito. Ela surge, na verdade, como um grito de esperança para a massa da população, tendo em vista o fato de que o poder emanaria do povo, trazendo, por conseguinte, direitos políticos de terceira geração, como assevera o autor Leonardo Cacau Santos La Bradbury (2006, p. 8) em seu texto sobre os Estados liberal, social e democrático de direito, que aduz o seguinte:

O Estado Democrático de Direito cria os "direitos de terceira geração", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essencial ou naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos strictu sensu, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa.

Após isso, temos, com a globalização, a existência dos “direitos de quarta geração”, em que se estão compreendidos institutos como a democracia, a informação e o pluralismo

político, étnico e cultural, com os olhos voltados precipuamente para a cooperação internacional entre os povos.

Vemos de forma clara os contornos constitucionais na tentativa de abarcar o maior número possível de situações, inclusive a proteção dos menos favorecidos, daqueles que se encontram numa condição de desigualdade formal e material numa relação jurídica, repercutindo, por exemplo, na classe trabalhadora e também nos consumidores, sendo esse último objeto do nosso estudo.

Na verdade, é efetivamente neste momento que a constituição ocupa o cerne no sistema jurídico, passando a ter a importância que lhe é devida. E, para tanto, faz-se imprescindível analisarmos o instituto da Constitucionalização do Direito Privado.

## 2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Para que possamos adentrar efetivamente no tema objeto de nosso estudo, far-se-á fundamental trazer à baila uma breve diferenciação entre os direitos público e privado, que, por anos, estiveram distanciados um do outro. Esta distância vem sendo mitigada com a manifestação da constitucionalização do direito privado, que passou a olhar para os institutos como dependentes um do outro.

Para parte da doutrina, os direitos público e privado se diferenciam basicamente quanto às pessoas a quem se dirigem pois, enquanto o direito público seria direcionado para uma coletividade de pessoas; o direito privado, em contrapartida, referia-se às relações entre particulares, em tese consideradas paritárias. Por outro lado, o autor Kant, citado por Bobbio (2000, p. 137) defende que a distinção entre esses dois direitos seria que o direito privado exsurge a partir do estado de natureza, que é totalmente desvinculado do Estado.

O estado de natureza referia-se, na verdade, a um “estado natural” do homem que se manifestaria sem qualquer tipo de interferência estatal e antes mesmo da existência deste. Em contrapartida, o direito público, ou mesmo chamado por Kant de direito no estado civil (BOBBIO, 2000, p. 137 - 138), seria aquele ligado ao Estado, tendo como fonte principal a vontade do legislador, na busca pelo interesse de uma coletividade.

Na passagem do direito natural (direito privado) para o direito civil (direito público) deve-se atentar para a complementação de um pelo outro e não pela eliminação, como defenderam os autores Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Norberto Bobbio (2000, p. 192, grifos do autor), em “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”, assevera o seguinte:

O direito privado, segundo Kant, não deve desaparecer no direito público, mas deve usufruir de garantias que não pode ter no estado de natureza. O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o natural não estão numa relação de antítese, mas de *integração* (...). Seria possível dizer que, após a constituição do estado civil, o direito torna-se *formalmente público*, ainda que continue sendo substancialmente privado, ou seja, natural.

O que ocorre, na verdade, é que os principais institutos do direito privado que nasceram no estado natural a partir da relação entre indivíduos não seriam modificados pelo Estado, mas, ao contrário disso, este Estado demarcaria o exercício estatal, garantindo-o a todos, na busca pela justiça distributiva.

O autor Norberto Bobbio (2000, p. 136 - 137, grifos do autor), com maestria, completando tal conceito, preconiza que estes institutos se originam das mesmas fontes, sendo estas fontes advindas do próprio ente estatal, senão vejamos:

E de fato, com relação às fontes, ou seja, com relação aos atos ou fatos dos quais derivam normas jurídicas válidas, entre o direito privado e o direito público, ou entre o direito civil e o administrativo, ou entre o direito civil e o penal, não existe diferença alguma: todos os direitos mencionados derivam das mesmas fontes jurídicas (costumes, leis, decretos, regulamentos, sentenças judiciais, temas jurídicos, etc.), e, porque todas essas fontes jurídicas dependem do supremo poder estatal, todos os direitos citados, com relação à fonte, são direitos públicos. O direito privado, assim como é objeto de estudo por parte de um jurista, é também um direito do Estado, ou seja, um direito público. Se queremos opor ao direito público um direito que não seja público com relação à fonte, isto é, que não seja colocado pelo Estado, devemos falar não de direito privado, mas de *direito dos privados*, ou seja, de um direito que nasce das relações dos indivíduos entre si, antes do surgimento do Estado.

Assim, vemos que as normas de modo geral acabam por derivar das mesmas fontes jurídicas e todas elas dependem do poder do Estado, devendo ser, portanto, consideradas de interesse geral. O autor Tepedino, ao tratar sobre a distinção entre o direito público e o direito privado, assevera que essa diferenciação seria apenas qualitativa, de modo que não haveria como auferir efetivamente qual seria o território do direito privado ou do direito público. (TEPEDINO, 2004, p. 19 apud FACHIN, 2008, p. 210).

A diferenciação, portanto, entre o que se enquadraria apenas como direito público ou apenas como privado vem perdendo espaço na dinâmica da doutrina e jurisprudência pátrias, pois o direito passa a ser considerado como um todo e a partilha dele não teria mais razão de perdurar na contemporaneidade, pois os dois institutos, segundo o autor Eugênio Facchini Neto (2013, p. 20), tendem a convergir e “tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo

relações negociais com os particulares e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos”.

É importante ressaltar que discussões acerca da relação entre o direito público e o direito privado sempre vão existir e o caminho a ser percorrido nessa estrada de premissas críticas ainda se encontra longe de acabar. O que precisamos ter em mente são os novos perfis entre os papéis dos Códigos interpretados a luz da Constituição. A autora Gisele Leite (2014, paginação irregular) esclarece em poucas palavras:

Conjugando a virada copernicana que recoloca os papéis e funções do Código e da Constituição, reafirmando a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustentando, por meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado.

Assim, é fundamental entender que o ideário de uma sociedade, instituída com base no direito privado, não seja dissociada nem consumida pelo direito público, mas que, ao contrário disso, seja a ele integralizada, como garantia de um sistema vinculado à lei fundamental.

O caminho a percorrer seria a defesa de que a constitucionalização do direito privado conciliaria os dois institutos, harmonizando-os. Isso se realiza na medida em que a Constituição (pública) passa a tutelar institutos inseridos no direito privado, que antes tinham caráter exclusivamente particular. Daí iniciam-se os estudos acerca da Constitucionalização do Direito Privado.

Autores como Luís Roberto Barroso, Rafael Cardoso Freitas, Sérgio Augustin e Ângela Almeida concordam que primeiro grande precedente da matéria desenvolveu-se na Alemanha, dando seu pontapé inicial com o caso Lüth de 15 de janeiro de 1958, em virtude da decisão (e das posteriores decisões) do Tribunal Constitucional Federal referente à aplicação dos direitos fundamentais em situações “privadas”, sob o argumento de que o sistema jurídico deveria salvaguardar os valores postos no ordenamento, em favor não só de interesses individuais, mas, ao contrário disso, tendo os olhos voltados para tutela do interesse de toda uma sociedade. E, ao fazer assim, alavancou a importância da Constituição e dos direitos fundamentais na interpretação de todos os ramos do direito.

A decisão supracitada também é comentada, segundo o autor Luís Roberto Barroso (s/d, p. 20), por inúmeros outros autores nacionais renomados, como Gilmar Ferreira Mendes, Daniel Sarmento e Jane Reis Gonçalves Pereira. O autor Barroso traz um trecho elogiável do

caso Lüth, citado anteriormente, do julgamento da Corte Alemã, a partir da tradução do autor Jürgen Schwabe<sup>1</sup>.

Ora, o Direito Privado foi o que mais intensamente sofreu o impacto da constitucionalização, tendo em vista o fato de que ele já vinha perdendo influência com a edição de Leis específicas e a repercussão delas quanto a proteção dos vulneráveis, como no caso do Código de Defesa do Consumidor. O que antes era predominantemente privado, hoje não é mais assim tratado e passa a ser predominantemente constitucional.

Assim, vemos claramente que, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e posteriormente para o Estado Democrático de Direito, o direito contemporâneo como um todo foi sendo moldado para chegar ao que temos hoje, principalmente com a Constituição Federal de 1988, que trouxe os institutos que antes eram exclusivamente de Direito Privado estampados em seu bojo. O ordenamento será tido como único quando houver a caracterização da “força normativa” constitucional. O que ocorrera com o Direito Privado, na verdade, foi que ele passou a fazer parte do direito constitucional, dando-lhe uma nova perspectiva.

É cediço notar que a constitucionalização do direito privado significa que as “relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública” (TEPEDINO, 2003, p. 119, apud SILVA; MATOS, 2012, p. 169).

Há de se ressaltar, portanto, que o fato da carta magna versar sobre a relação entre particulares e ser o centro do direito faz com que tenhamos uma unidade no sistema ao invés de uma codificação fracionada e descentralizada. E, como assevera o autor Daniel Sarmiento (2003, p. 289) a Constituição está no vértice do sistema e “a unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo”.

---

<sup>1</sup> Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso. (SCHWABE, 2003, p. 132 – 137 apud BARROSO, p. 20)

Vemos, então, que a Constitucionalização do direito significa a irradiação dos valores, dos princípios e das regras por todo ordenamento jurídico, que condicionam a validade e o sentido deste (LEITE, 2014, paginação irregular). Não significa propriamente o fato de que a Constituição brasileira tem uma série de normas de direito administrativo, penal, civil ou processual. Essa é uma face do fenômeno, mas vai além dele. Trata-se, na verdade, da ida da Constituição à cada um daqueles direitos, modificando e remodelando o sentido e o alcance das normas deste domínio, para que todos aqueles ramos sejam interpretados de acordo com a Constituição.

O autor Luiz Edson Fachin (2008, p. 211) preconiza a imprescindível atuação do judiciário na aplicação e interpretação do direito privado em cada caso concreto:

Se as fronteiras entre o público e o privado já não são mais tão nítidas, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto de litígio.

A nossa carta maior trouxe consigo a “função promocional dos contratos” (FACHIN, 2008, p. 211). Em virtude disto, o poder público interferirá nas relações contratuais para impor limites, constitucionalizando, assim, o próprio direito contratual que até aquele momento não fazia parte da seara de ingerência do direito público.

Em outras palavras, o que se faz é justamente o incentivo para que os princípios constitucionais sejam colocados em prática quando nos referimos ao âmbito das relações privadas. Isso acontece não somente porque a Constituição tenta trazer em seu bojo a normatização dos diversos ramos do direito, abarcando-os, mas, atrelado a isso, tenta-se o que a doutrina chama de “Humanização do Direito Privado” (FIUZA; MARQUES, 2006, p. 87), que, nas relações contratuais, é consequência do código de defesa do consumidor.

Corroborando com essa ideia, o autor Paulo Lôbo (2013, p. 19) afirma o seguinte:

Se eu pudesse dizer em uma palavra qual o objeto central do Direito Civil Constitucional, no momento em que vivemos hoje no Brasil, diria que é “humanismo”, ou seja, ter a pessoa humana como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil. Num plano mais próximo de nosso objeto: a afirmação das garantias de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A ligação entre o direito constitucional e o direito privado e a posterior constitucionalização deste último causa o que se chama de “emancipação dos hipossuficientes nas relações sociais”. Isso acontece em virtude da humanização das relações privadas, citada anteriormente, juntamente com a tutela e efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Há que ressaltarmos, por fim, que muito se evoluiu desde o surgimento da dicotomia entre público e privado, que necessitou de um olhar diferenciado tendo em vista a percepção da desigualdade material existente entre os indivíduos, que gerava desequilíbrio entre as partes.

A influência desse fenômeno da constitucionalização do direito privado não deixou de ser sentida nos diversos ramos do direito privado. Ao contrário disso, modificou sobremaneira estes ramos, especialmente em princípios basilares como os princípios da liberdade contratual, autonomia de vontade e força obrigatória, no caso dos contratos.

Não poderíamos deixar de ressaltar a preocupação da Constituição de assegurar em seu texto a proteção específica do consumidor, objeto do nosso estudo, principalmente com a implementação do Código de Defesa do Consumidor, tendendo a repercutir positivamente não somente no indivíduo, mas em toda a coletividade, como um instrumento de proteção a determinados grupos sociais para combate dos abusos contratuais.

Diante de todo o exposto, concluímos que a Constituição inovou e cuidou em regular as relações que abrangem o direito privado, com repercussão no direito do consumidor. Tais repercussões demonstram a importância que é dada aqueles que são presumivelmente vulneráveis e seus novos vetores, que acarreta, além da harmonização e unidade do ordenamento jurídico, a concretização dos valores elencados como primordiais em nossa Carta Magna.

A Constituição passa a ter a importância que lhe é devida, com valores e princípios que prestigiam primordialmente a pessoa humana. Em virtude disto, a partir de então, faz-se importante adentrarmos na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, destacando a dignidade da pessoa humana nas relações contratuais.

### 2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELAÇÃO CONTRATUAL CONSUMERISTA

Inicialmente, vemos que os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem, considerados inalienáveis, e que já se encontram positivados na Constituição, pois carregam

em seu bojo os valores mais honrosos de um Estado Democrático de Direito, que conduzem todos os demais âmbitos do direito.

Além disso, devemos ter em mente que esses direitos também protegem os indivíduos contra os eventuais abusos por parte do Estado, pois o fim para o qual esses direitos foram criados, inicialmente, consistia justamente na guarda do indivíduo em face dos poderes estatais (FRANZ, 2008, p. 11).

Dito isto, é importante diferenciarmos a eficácia vertical e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como o próprio nome sugere, falamos de vertical quando há uma relação entre entes ou sujeitos que se encontram em extrema disparidade, estando um claramente acima do outro, como no caso de relações que envolvem o Estado, pois este, além de ser responsável pela proteção dos direitos fundamentais, tem ainda o encargo de fazê-los respeitar pelos particulares.

Enquanto a eficácia vertical acima descrita refere-se ao relacionamento com o poder público e o particular, em que há flagrante desigualdade; a eficácia horizontal, por outro lado, encontra-se na relação entre dois particulares e, por ser assim, teoricamente estão inseridos em posições de igualdade entre si.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais eram de aplicação somente numa perspectiva vertical, tendo em vista a relação existente entre o Estado e o particular e também pelo fato desses direitos terem surgido, inicialmente, para salvaguardar o particular em face do próprio ente estatal. No entanto, na contramão desse conceito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos remete à eficácia desses direitos no âmbito das relações entre privados, aparentemente paritários.

Apesar de não se encontrar no texto expresso da Constituição Federal menção a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eles se justificam e encontram respaldo no princípio da supremacia da Constituição que, “por ser a fonte direta e imediata de direitos fundamentais, vincula diretamente todos os entes, sejam públicos ou privados” (FRANZ, 2008, p. 13). Além disso, o ordenamento jurídico é uma unidade material e os direitos fundamentais devem fazer parte dessa unidade.

Ocorre que, tanto o Estado quanto os agentes privados podem violar os direitos fundamentais e, quando isso ocorre especialmente no âmbito destes últimos, precisamos nos voltar para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para que o desigual que efetivamente precisa de proteção seja salvaguardado, principalmente porque, quando há lesão ou ameaça de direito, quanto maior a desigualdade, maior deve ser o grau de protecionismo.

Dentro dessa ótica, tem-se imprescindível o instituto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a proteção dos que se encontram em situação de desigualdade, conquanto a aplicação imediata das normas constitucionais nas relações privadas possui relação íntima com a percepção do caráter normativo da Carta Magna, assim como da eficácia jurídica dos seus princípios.

Existem várias maneiras de salvaguardar os direitos fundamentais nas relações entre os particulares e uma delas é através do legislativo, como no caso da vasta legislação de proteção ao consumidor, que busca assegurar um tratamento diferenciado para os que se encontram em situação de vulnerabilidade, tentando preveni-los dos abusos de direito no âmbito das relações civis.

Nesse sentido, poderíamos citar o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que foi implementado após a Constituição Federal, para que pudesse trazer maior eficácia nas relações jurídicas de direito privado, principalmente quando correlacionadas aos princípios constitucionais fundamentais que tratam da proteção e defesa do consumidor, tutelando precipuamente a sua dignidade e os seus valores existenciais, ou seja, voltados para personalidade humana e para os interesses individuais indisponíveis.

Assim, é nesse contexto que advém, em conformidade com o regime constitucional, o refúgio aos consumidores, na busca pela igualdade entre as partes, por se encontrarem claramente em situação de desequilíbrio. Esta igualdade que se pretende ocorrerá por meio da aplicação da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ora explanada, fazendo com que os direitos fundamentais cumpram papel imprescindível para a questão, com foco no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988) do sujeito ofendido no mercado de consumo.

Resta evidente que as normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias devem ser respeitadas e cumpridas pelas pessoas privadas. A constituição de 1988, por meio dos seus princípios e normas, ao tratar da proteção ao consumidor (parte frágil e vulnerável), o fez também pela necessidade social de reparar algumas falhas de equilíbrio contratual das relações jurídicas.

As referidas falhas foram advindas da contratação em massa, demandando tratamento diferenciado entre as partes da relação, como na frase no célebre Aristóteles que defende o tratamento dos iguais na medida de suas igualdades e dos desiguais na medida de suas desigualdades. E, sendo assim, quanto mais o direito a ser protegido estiver em posição de imprescindível à vida da pessoa humana, maior deverá ser a inserção das normas

constitucionais de direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem limitação de aplicação de sua eficácia.

Diante de todo exposto, temos que a defesa ao consumidor encontra respaldo na Constituição Federal como direito fundamental de garantia individual, direito este a ser pleiteado, quando necessário, não somente contra o Estado, mas também entre particulares, tendo em vista as desigualdades existentes nas relações privadas.

As desigualdades acima citadas rogam pela efetiva aplicação dos direitos fundamentais, que se baseiam no instituto da eficácia horizontal, e buscam proteger a pessoa humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o fato de que elas se manifestam precipuamente por meio dos contratos nas relações contratuais de consumo, objeto deste estudo, campo onde, nomeadamente ocorreu transformações relevantes, consoante será visto adiante.

### 3 CONTRATOS DE MASSA E ABUSIVIDADE

#### 3.1 BREVE HISTÓRICO DOS CONTRATOS

O conceito clássico e tradicional de contrato, trazido no século XIX, por Friedrich Karl von Savigny, diz que o contrato seria “a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes” (SAVIGNY, p. 6, apud MARQUES, 2016, p. 61). Em outras palavras, poderíamos dizer que o contrato se conceituaria como o acordo de vontade entre indivíduos que se perfaz em uma relação jurídica.

Importante termos em mente que não há como precisar quando efetivamente surgiram os contratos, na verdade, nos parece que desde que existe sociedade, existem também os contratos como consequência, pois ele está intimamente ligado à circulação de bens serviços numa sociedade, de forma que poderíamos deduzir que, desde que existem tais circulações econômicas, há a figura nítida do contrato, mesmo que de forma ainda primária comparado ao modelo que temos nos nossos dias.

Ocorre que, apesar de não conseguirmos precisar com exatidão o surgimento do instituto dos contratos, há de se ressaltar uma evolução histórica do contrato, trazida pela doutrina, e que iniciou através das relações comerciais, pelo modelo de troca, nascendo, portanto, de uma necessidade social.

O Direito Romano foi o precursor da ideia clássica de contrato (MIRANDA, 2014, p. 1), ainda muito primária, mas com tamanho significado para o modelo que temos nos dias atuais, porque era primordial que houvesse um instrumento para regular as relações de comércio existentes desde as épocas mais remotas.

Diz-se que o direito Romano, nesse sentido, era dotado de rigor formalista (MIRANDA, 2014, p. 1), pois somente o fato de se estabelecer um contrato não gerava, por si só, obrigações entre as partes e alguns deles, inclusive, não poderiam ser tutelados em juízo. Aqueles que podiam ser tutelados em juízo possuíam, na verdade, uma conotação estritamente objetiva (GUIMARÃES, 2003, p. 12), pois se recorria ao juízo apenas para que houvesse a viabilidade de fazer valer o contrato anteriormente acordado, de forma que não haveria como refutar subjetivamente as cláusulas ali presentes.

Importante salientar que, no direito Romano, não havia como discutir, alterar, sequer desfazer o contrato, mas, ao contrário disso, ele apenas era concebido. Isto se dava principalmente pela influência da moral cristã, que defendia que o inadimplir e romper o

contrato eram pecado, que gerava a condenação do indivíduo (MIRANDA, 2014, p. 2). A ideia era que, se livremente foi contraída a obrigação, não haveria razão para desfazê-la e daí surge o princípio contratual da força obrigatória dos contratos. A autora Maria Bernadete Miranda (2014, p. 3) esclarece o seguinte:

Não era dado ao Estado impor as partes um determinado tipo de contrato ou a contratar com determinado parceiro contratual. O Estado se limitava a fazer valer as vontades livremente estabelecidas. Assim, a intervenção estatal só ocorreria em caso de descumprimento contratual para fazer valer aquela vontade estabelecida no contrato, ou caso um contrato que se perfizesse por uma vontade viciada (vícios do consentimento) caso em que o Estado interviria por não haver vontade livremente estabelecida.

As partes possuíam liberdade contratual e as trocas de prestações se materializavam da seguinte maneira: enquanto uma das partes possuía obrigação de transferir o domínio e propriedade de determinado bem, a outra teria que transferir quantia em dinheiro, por exemplo, no contrato de compra e venda, perfazendo assim, claramente uma troca de interesses entre as partes contratantes.

Após esse período o que vemos são inúmeras interferências do Direito Romano, Direito Canônico e também Germânico no período da Idade Média (MIRANDA, 2014, p. 2). No entanto, houve a necessidade de modificações quanto ao formalismo romano, principalmente porque a partir daquele momento, com as trocas mercantis em alta, a dinâmica nas contratações merecia um olhar diferenciado porque, por vezes, o próprio contrato carregado de formalismo tornava-se obstáculo para a contratação. Assim, ocorre certa flexibilização no intenso formalismo para atender à necessidade social.

Além disso, foi uma época em que se defendeu de forma veemente a igualdade entre as partes e, sendo assim, todos eram iguais perante a lei, mesmo que isso viesse acarretar uma desigualdade subjetiva. A verdade é que não importava se uma das partes era social ou economicamente mais fraca e vulnerável. O Estado estava preocupado apenas em fazer valer a vontade das partes estabelecida em contrato porque se fundava numa visão eminentemente individual e patrimonialista.

Ocorre que, este paradigma liberal não atendeu às necessidades das massas da sociedade, tampouco ao Estado Social e Democrático de Direito, principalmente porque o Estado não poderia “fechar os olhos” para os abusos que começaram a surgir no direito contratual após a revolução industrial.

Completando tal colocação, a autora Miranda (2014, p. 5) aduz o seguinte: “Com a revolução industrial que se inicia no século XVIII, o contrato passa a sofrer inúmeras

mudanças. No fim do século XIX com o desenvolvimento da sociedade industrial iniciou-se um novo modelo de sociedade comumente denominada sociedade de consumo”. Haina Eguia Guimarães (2003, p. 15), sobre a Revolução Industrial, esclarece que ela trouxe uma reviravolta no sistema da época porque causou inquietação nas massas da população, que eram esmagadas pela política liberalista.

Sob a inspiração dos regimes citados anteriormente, bem como o Código de Napoleão surgido na Revolução Francesa em 1804 sob a égide do lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, houve o surgimento do Código Civil Brasileiro de 1916, que trouxe em seu texto um regimento para as relações jurídicas contratuais, baseando precipuamente num modelo de autonomia de vontade das partes.

Já em 1988, houve a instituição da Constituição da República Federativa do Brasil e, logo após, em 1990, o estabelecimento do Código de Defesa do Consumidor para trazer proteção especial para aqueles que se encontravam numa posição de vulnerabilidade dentro de uma relação jurídica.

Assim, princípios constitucionais basilares dentro do Estado Democrático de Direito, como dignidade da pessoa humana e igualdade, passaram a refletir no exame do Direito Contratual, tendo em vista a constitucionalização do Direito Privado, trazida à baila no capítulo anterior.

Ao mesmo tempo em que poderíamos elogiar os avanços alcançados com o surgimento dos regimes jurídicos anteriores, temos que ter em mente que esse “novo modelo” globalizado traz consigo inúmeros prejuízos claramente perceptíveis, pois o que houve, em virtude disso, foi a tentativa de tornar as relações contratuais mais ágeis.

No entanto, o que se viu foi à conversão de um contrato que antes havia possibilidade de discussão das cláusulas (apesar de considerar todos iguais, mesmo o que era social e economicamente mais fraco), ainda de forma muito primária; para um contrato padronizado, verdadeiro “formulário” massificado, com cláusulas previamente estabelecidas, pela demanda e rapidez que se fazia necessária para os negócios jurídicos.

O que foi estabelecido, na verdade, foi um novo tipo contratual, em que simplesmente se aceitam as cláusulas instituídas de antemão, exaltando sobremaneira a liberdade contratual e igualdade entre as partes e, ao mesmo tempo, dando a “deixa” para a abusividade por parte do mais forte na relação.

Indispensável se faz esclarecer que por muito tempo, o contrato só encontrava vínculo de relação entre as partes. No entanto, este entendimento perdeu prestígio, na medida em que

se entende que os contratos se vinculam não somente entre as partes, mas teriam respaldo, na verdade, na sociedade como um todo, pois funciona hoje como um instrumento social.

Houve, a partir de então, intensa intervenção por parte do Estado na elaboração de normas jurídicas de ordem econômica para tentar reequilibrar a relação contratual por pressão das massas (inclusive de consumidores) no amparo dos seus interesses (GUIMARÃES, 2003, p. 16).

Diante do exposto e baseando-se numa troca de prestações entre as partes, vislumbramos claramente que não há uma ideia de igualdade nessas relações jurídicas, tendo em vista o fato de que não haveria o mínimo equilíbrio contratual porque, a parte vulnerável acaba sendo lesada pelo que se encontra economicamente mais forte na relação, usando para tanto, principalmente os contratos de massa, que veremos mais adiante, denotando, assim, a necessidade de releitura do modelo jurídico dos contratos.

### 3.2 ESPÉCIES DE CONTRATOS DE MASSA

Vimos anteriormente a evolução histórica dos contratos até os dias atuais. O instrumento passou por diversas mudanças, que ficaram marcadas e, dentre as principais, temos o intervencionismo estatal no cenário econômico, que faz com que o Estado passe a interferir também na esfera contratual.

Com a globalização e a necessidade de se agilizar as relações econômicas, torna-se necessário também o surgimento de novas figuras contratuais, que modifica quase que completamente a estrutura clássica do contrato, tornando-se indispensáveis para o mercado econômico. Isso tudo para que se consiga atender a demanda de consumo de uma sociedade massificada. A autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 59) preconiza o seguinte quanto ao tema, senão vejamos:

A concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato de massa se caracteriza por ser um instrumento padronizado, que se tornou a regra nas relações contratuais. Ele limita claramente os princípios da liberdade contratual, da autonomia da vontade, bem como a personalidade daquele que é vulnerável na relação, quando nos referimos ao conteúdo e efeitos do contrato.

Trata-se, na verdade, de uma contratação que não dá opções de discussão por parte dos contratantes pois é uma oferta impessoal para um grupo indeterminado e ilimitado de pessoas, que faz com que aqueles que desejam contratar o façam de acordo com o que fora previamente estabelecido ou simplesmente desistam de contratar. E, por vezes, a necessidade da parte em contratar faz com que ela se submeta às mais diversas condições ou cláusulas abusivas, acarretando, também, um grande desequilíbrio social.

O autor Arnaldo Wald (2004, p. 110 - 111) concebeu uma importante comparação entre os contratos que tivemos no passado e que temos na atualidade, quando preconiza que:

(...) o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, sendo independente, alheio aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade.

Assim, o contrato passou a ser voltado para o interesse das massas, com características próprias, dentre as quais temos os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com consumidores, que veremos brevemente adiante.

### **3.2.1 Contratos de adesão**

Dentre as espécies de contratos de massa, a mais conhecida e divulgada são justamente os contratos de adesão, que possuem características peculiares e são considerados os mais “viáveis” para a contratação em massa, que se tornou até mesmo uma necessidade na sociedade pós-moderna. O que os torna diferente das outras espécies contratuais é justamente na sua formação, tendo em vista o fato de que há uma padronização contratual que se manifesta em verdadeiros formulários, com o fito de alcançar o maior número de contratantes, não importando quem sejam os destinatários.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, traz um conceito de contrato de adesão, ao dizer que 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”. (BRASIL, 1990, Art. 54).

Obviamente, este tipo de contrato surgiu em consequência da modernidade e da necessidade de uma técnica que trouxesse maior celeridade de efetivação, típico das

sociedades de massa. Há, assim, a omissão da fase de negociação das cláusulas contratuais, de modo que subsistiria somente as opções de acatar ou recusar o contrato como um todo.

Doutrinariamente, o contrato de adesão é descrito da seguinte maneira:

(...) aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro. (RODRIGUES, 2002, p. 44)

Assim, os contratos de adesão possuem características que lhe são inerentes, dentre as quais está a uniformidade, em que são estabelecidas as mesmas cláusulas contratuais para o maior número possível de contratantes, independente de quem sejam. Além disso, a impossibilidade de discussão das cláusulas previamente estabelecidas encontra respaldo neste tipo contratual.

O parágrafo 1º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor assegura que, se for inserida cláusula no referido contrato, ele não deixa de ter a característica de adesão. Este é um fragmento imprescindível principalmente porque protegeria o consumidor de possíveis desvios e abusos nesse sentido.

Faz-se imprescindível também que o contrato em questão seja redigido de forma clara e legível para viabilizar o entendimento do consumidor e para que o mesmo tome o efetivo conhecimento daquilo que está contratando. Neste ponto, cumpre ressaltar que, na prática, isto é quase uma utopia. O que vemos, na realidade, é o uso desse tipo de contrato para inserção de cláusulas claramente abusivas, que descrevem comportamentos contrários aos princípios contratuais.

Como consequência do que fora exposto anteriormente, quando se dá a adesão deste tipo contratual, cria-se de imediato, desequilíbrio latente entre os direitos e obrigações das partes, o que faz com que uma delas torne-se presumivelmente vulnerável. E a vulnerabilidade, em poucas palavras, seria algo ou alguém suscetível. Para o direito, é um princípio que atesta aquele que é mais fraco na relação jurídica de consumo (KOBAYASHI, 2010, p. 99).

Vale salientar que a vulnerabilidade também se encontra estampada na Constituição, assegurada pelo legislador constituinte quando traz em seu bojo que algumas pessoas merecem tratamento diferenciado em virtude de uma posição de desigualdade, na busca de uma igualdade material.

Diante de todo exposto, constatamos que o contrato de adesão é sim um instrumento fundamental para a sociedade contemporânea. No entanto, devemos ter em mente e levar em consideração o fato de que este mesmo instrumento pode ser objeto para inúmeros abusos de direito, de modo que se faz necessário que sejam respeitados os alicerces e princípios constitucionalmente firmados.

### **3.2.2 Cláusulas contratuais gerais**

As cláusulas contratuais gerais, também chamadas de condições gerais dos contratos podem ser conceituadas, como bem leciona a autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 86), como aqueles “contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.

Neste sentido, percebemos claramente que este instituto se refere a cláusulas “soltas” prévia e unilateralmente produzidas, que poderão ser inseridas em um número indeterminado e futuro de contratos dos mais diversos tipos e, mesmo que não estejam inseridas no instrumento contratual no ato de sua celebração, podem ser tidas como válidas para as partes contratantes.

Isso se dá porque as referidas cláusulas podem ser afixadas nos mais diversos instrumentos, como por exemplo, no caso de paredes, portas, pôsteres ou recibos, podendo ser, inclusive, não escrita, contanto que ela seja aceita de forma tácita ou expressa pelo contratante. É o que preconiza a autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 88), ao dizer o seguinte:

A doutrina europeia atual continua a distinguir os contratos de adesão daqueles "concluídos com base em cláusulas contratuais gerais", pois as CONDGs podem constituir uma parte externa ao contrato, um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, ou, ao contrário, podem estar inseridas no texto do documento contratual, não importando a sua extensão, o modo como estão escritas, a sua autoria ou a forma e tipo do contrato. Em outras palavras, aliam o método de contratar "por adesão" e a fragmentação dos textos contratuais, que podem estar expostos, colados em ATMs, em posters, no verso de recibos, e em guias, prospectos e mesmo no contrato impresso, sem lugar para a assinatura, que será enviado depois.

Assim, a principal característica deste instituto, que o diferencia dos contratos de adesão é o fato de que as cláusulas previamente elaboradas são dispostas para atender a uma quantidade numerosa, variada e indefinida de contratos, enquanto que no caso dos contratos

de adesão, o que há é um tipo de contrato que fora prévia e unilateralmente elaborado e colocado à disposição do contratante para aceitação. Assim, vale salientar que as cláusulas gerais aqui tratadas, por se referirem a múltiplos contratos, podem até mesmo abarcar os contratos de adesão.

O autor Paulo Neto Lôbo (apud MARQUES, 2016, p. 89) preconiza com clareza a diferenciação que nos referimos anteriormente entre as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão, ao dizer que “o contrato de adesão só passa a existir com a declaração comum das partes contratantes. Antes da conclusão (oferta mais aceitação) não há contrato; há tão somente, condições gerais dos contratos”.

Deste modo, para que sejam incluídas tais cláusulas nos contratos de massa, temos que ter em mente que tal relação deve prezar pelos princípios da informação e também da transparência, pois o consumidor contratante deve ter conhecimento das mesmas de forma pormenorizada no ato da contratação, seja antes ou no momento da contratação, para que somente após isso ele aceite ou não e seja alcançado o objetivo do equilíbrio contratual entre as partes.

### **3.2.3 Contratos do comércio eletrônico**

Sabemos que a sociedade pós-moderna trouxe consigo diversas formas para facilitar as transações de riquezas entre os entes que a compõem. E, por assim ser, um dos tipos de contratos mais atuais e “em alta” é justamente aqueles que são celebrados virtualmente, ou seja, os contratos do comércio eletrônico.

O uso da internet para a realização desse tipo de contrato é essencial e, quanto maior a facilidade para tal prática, maior deve ser a promoção de medidas para proteção daqueles consumidores vulneráveis que acabam se submetendo a tais contratos em virtude da própria facilidade que ele oferece.

Os regramentos para tais tipos de contratação não diferem daqueles anteriormente expostos porque é dever do fornecedor do produto prezar pelo princípio da informação para que o consumidor saiba exatamente o que estará contratando naquele momento, bem como o princípio da transparência, por exemplo, sem prejuízo de outros princípios contratuais, em que deve zelar pela boa-fé nas relações contratuais.

Completando o que fora exposto, a autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 117) elucida o seguinte: “A função das novas normas deve ser justamente a de reduzir a complexidade de uma contratação à distância na internet, daí que o direito do consumidor

deva assegurar esta informação ‘clara, completa e útil’, para permitir o direito de escolha do consumidor”.

Como não há a presença física dos dois contratantes, foi necessário que houvesse uma maior proteção para os contratos celebrados no ambiente virtual, com a introdução de alguns fundamentos:

Efetivamente, a contratação a distância introduz dois novos elementos, no fenômeno dos contratos de massa: o espaço, como fator de vulnerabilidade, pois despersonaliza ainda mais o contrato, permitindo também uma banalização de sua internacionalidade; e a virtualidade, pois o imaterial agora não é só o fazer prestacional e de condutas de boa-fé (informação, cooperação e cuidado), mas também o próprio contrato, na linguagem virtual, e os vícios. (MARQUES, 2016, p. 117-118)

Assim, a dificuldade encontra-se no fato de que este tipo contratual é uma oportunidade inigualável para a inserção de cláusulas manifestamente abusivas, principalmente quando falamos de massificação contratual, ou seja, quando nos referimos aos contratos de massa em que o consumidor se submete a cláusulas previamente elaboradas pelo fornecedor.

Não há dúvidas de que este instituto, apesar de não concretizado fisicamente, é um tipo contratual massificado. E, não poderíamos falar sobre o tema sem elucidar as palavras de Marques (2016, p. 119), ao dizer que elaborado de forma unilateral e por vezes, não acessível ao consumidor, há inegavelmente o acordo de vontades para que tal contrato seja firmado, ou seja, existe a bilateralidade (duas partes contratantes) essencial para que o contrato seja efetivamente firmado.

Falamos em bilateralidade porque, apesar de ser manifesto por meio de um contrato virtual, com oferta e procura estritamente cibernética, há um contrato existente e juridicamente válido e eficaz. Cláudia Lima Marques (2016, p. 120) diz que “o contrato final é ‘velho’, o método de contratação é atual, e o meio de contratação - e por vezes de cumprir a prestação imaterial - é que é ‘novo’”.

O perigo encontra-se na oferta em desacordo com o que realmente será entregue ao consumidor e é justamente esse um dos pontos principais que o Direito precisa proteger. Afinal, o fato de tratarmos de um contrato informatizado, ou seja, desmaterializado, faz com que o olhar para essa situação deva ser diferenciado. Isso porque existem diversos problemas próprios de tais contratações, como vendas casadas, impossibilidade de exercer o direito ao arrependimento, a lei que se aplica ou mesmo quem seria o juízo competente e,

principalmente sem querer exaurir os problemas, a segurança nos dados fornecidos pelo consumidor, que denotam a falha na prestação do serviço e prejuízo para o contratante.

Assim, vemos que a complexidade técnica e jurídica do referido instituto deve ser considerada para que seja possível coibir os abusos praticados nos contratos em massa, que veremos de forma mais detalhada adiante, e haja, principalmente, a efetiva proteção do vulnerável na relação.

### 3.3 ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA

O tema do abuso do direito e sua aplicação no Direito Privado são bastante debatidos dentro da doutrina jurídica e, por conta disso, não temos como precisar efetivamente uma noção “fechada” do instituto. Ao contrário disso, temos na verdade, um dos temas mais controvertidos e polêmicos do Direito Privado.

A crise conceitual do instituto se dá, basicamente, em virtude de questões substanciais, como leciona a autora Cláudia Lima Marques (2013, p. 125) quando fala sobre a obra de Bruno Miragem, ao afirmar que o abuso do direito “desde as polêmicas sobre sua própria existência como conceito jurídico, sua natureza como ato ilícito ou categoria autônoma, passando pelos requisitos para sua configuração, trata-se de um dos temas de Direito Privado sobre o qual quase tudo é divergente”.

O que ocorre é que há um confronto de interesses no ordenamento jurídico entre a proteção da liberdade privada e dos interesses que estão acima dos particulares, ou seja, os supraindividuais. A base para esse conflito se dá pelo fato do negócio jurídico ser praticado, inicialmente, de forma aparentemente legal, no exercício regular de um direito, no entanto, já possuir em seu bojo sentenças contrárias ao direito.

O autor Bruno Nubens Barbosa Miragem (2007, p. 73) preconiza o seguinte, senão vejamos:

Os fundamentos de sua aceitação ou rejeição situavam-se no plano da possibilidade ou não de um determinado ato ter sido praticado em conformidade (em face do exercício pelo titular de um direito reconhecido pelo ordenamento) e ao mesmo tempo em contrariedade (pelo excesso aos ditames ou limites reconhecidos ao direito) ao Direito. Ao definir-se o conteúdo preciso da conduta reconhecida como abuso do direito sob a categoria geral dos atos ilícitos, dissipa-se em boa medida, o primeiro aspecto da resistência do ato abusivo. Segundo sustenta Savatier, a definição do abuso do direito resulta simplesmente de uma proteção da equidade, e da proibição geral do direito de causar dano a outrem.

Em poucas palavras e numa conceituação muito primária, há claro abuso de direito quando uma das partes na relação jurídica busca vantagem de outra, seja por inexperiência ou mesmo estado de necessidade. Ou seja, para que isso ocorra, faz-se necessário que haja prestação desproporcional entre as partes, no aspecto objetivo, bem como falta de conhecimento, de experiência ou estado de necessidade, quando se tratar de aspecto subjetivo (MIRANDA, 2014, p. 20).

Assim, percebemos claramente que na contemporaneidade o contrato não pode ser visto somente como instrumento de interesse privado, mas como protetor também dos interesses que são coletivos e difusos, pois não pode ser dissociado do contexto social do qual é constituído, tendo em vista o fato de que ele é um dos instrumentos mais hábeis para distribuição de riquezas.

O autor Alessandro Marcos Kobayashi (2010, p. 162) esclarece o seguinte:

O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. Será abusivo o exercício fora dos limites da satisfação do interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade.

(...)

Daí sustentarmos que a transgressão de um dever legal preexistente, no abuso de direito, é acidental e não essencial para configurá-lo. Essa também parece ser a conclusão de Clóvis Beviláqua (1916, v. 1:473, grifos do autor): “*O exercício anormal de um direito é abusivo. A consciência pública reprovava o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral*”.

Sendo assim, não só infringir o direito intencionalmente seria considerado abuso de direito, mas indo além disso, praticar atos que estão fora dos limites normais ou do interesse tido como lícito também se enquadraria no conceito de abuso do direito, segundo o autor acima citado.

Em virtude do que fora anteriormente dito, na sociedade contemporânea, massificada e globalizada, nas palavras de Miranda (2014, p. 6): “não é aceitável, sob qualquer ótica científica, que o contrato leve à ruína total do aderente, do contratante mais fraco, diante de um policitante ostensivo, economicamente voraz e no mais das vezes invisível, sob o aspecto fático”.

Há a violação ao direito quando se elabora um contrato com cláusula abusiva e põe-se este mesmo contrato à adesão do consumidor. Isto por que o ato que objetivava o exercício de um determinado direito violou mandamentos e excedeu limites impostos, que foram estabelecidos legalmente.

A autora Cláudia Lima Marques (2013, p. 126), a respeito da violação da confiança esperada pelas partes nas relações contratuais esclarece que o direito se preocupa em proteger o recurso da confiança porque o mesmo se voltará para aquele que quebrou a confiança e não para a maneira usada para se chegar ao resultado, seja ela lícita ou ilícita, legítima ou ilegítima. Isso se daria porque o foco está no abuso ao direito em si e o resultado dele é sempre irretratável.

Assim, a verdade é que percebemos que o abuso do direito provoca prejuízos não somente individuais, mas também em proporções ainda maiores, pois enquanto houver impunidade e o abuso for mais vantajoso do que prejudicial para aqueles que o praticam, isto continuará existindo.

Uma das maneiras pelas quais o abuso de direito de manifesta é através da inserção de cláusulas abusivas nos contratos e, neste sentido, o autor Alessandro Marcos Kobayashi (2010, p. 116) assevera que a própria doutrina costuma diferenciar o instituto do abuso do direito e as cláusulas abusivas: “O abuso de direito não se refere ao teor da cláusula contratual elaborada, mas ao exercício de direito subjetivo do qual não se discute mais a sua existência, validade e eficácia, porém há excesso ou imoderação, na conduta do respectivo titular”.

Assim, tem-se um procedimento preliminar que é consideravelmente lícito, enquanto que a finalidade é ilícita e poderíamos, nesse caso, falar em prática abusiva do direito tendo em vista o fato de que a vontade declarada pelo agente em sua atitude não era efetivamente aquela que ele queria.

Por outro lado, importante salientar que, quando nos referimos as cláusulas abusivas, temos que ter em mente que elas já são ilícitas desde a sua origem, ou seja, no momento em que são inseridas no contrato porque essas cláusulas são, na verdade, inerentes à instituição do próprio contrato.

A doutrina esclarece que a cláusula abusiva seria uma vantagem desproporcional para uma das partes e que está inserida no conteúdo do contrato. Ela se manifesta por meio de uma cláusula onerosa, principalmente e mais facilmente quando nos referimos aos contratos previamente elaborados, em que o contratante será, por óbvio, o que sofrerá com tais cláusulas (KOBAYASHI, 2010, p. 116).

Antes da legislação consumerista, vigorava na relação contratual o postulado do “pacta sunt servanda”. Isto significa que, uma vez realizado o contrato, as partes estavam obrigadas a cumprir as cláusulas que nele estivessem, independente de abusivas ou desproporcionais, impostas pelo produtor ou fornecedor, prevalecendo, então, as determinações por ele impostas nos contratos que são considerados “contratos de massa”. Assim, para conter as disparidades

na contratação e garantir o equilíbrio na relação de consumo, se fez necessário a intervenção estatal com mecanismos de prevenção e combate.

O direito de modificar cláusulas abusivas e desproporcionais encontra previsão no artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que fazem parte dos direitos básicos do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990, Art. 6º, V).

Assim, de acordo com a doutrina pátria, a nossa legislação adotou a teoria objetiva da base do Negócio Jurídico que, diferente do postulado do “pacta sunt servanda”, permite a revisão do contrato se houver fato superveniente (previsível ou não) que gere onerosidade excessiva ao consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, no Título I, dedica o Capítulo VI à proteção contratual, disposto nos artigos 46 a 54. Na Seção II - Das Cláusulas Abusivas, no artigo 51 e seus incisos, encontramos as possibilidades de nulidade das cláusulas contratuais<sup>2</sup>. Ocorre que, as medidas protetivas elencadas neste Código não visam a nulidade dos contratos, pelo contrário, o objetivo é trazer responsabilidades ao fornecedor de modo que seja possível garantir e preservar o contrato de consumo, ressalvado os casos que for impossível mantê-lo. Assim, vemos claramente isso, através do que determina o § 2º, do artigo 51.

As cláusulas abusivas, segundo a autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 1041), tem algumas particularidades que lhe são inerentes. Isso quer dizer que são previamente ditadas vantagens para a parte que as ditou, de forma a desequilibrar o contrato como um todo, ainda mais fortemente do que já se apresentava.

Destarte, ainda temos muito que melhorar, mas vemos que a tutela estatal, proibindo cláusulas abusivas nos contratos, possibilitou maior isonomia na contratação, com o objetivo

---

<sup>2</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

(...)

§ 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. (BRASIL, 1990, Art. 51).

de proteger o consumidor, parte mais fraca da relação. Dessa forma, o fornecedor deixa de ter autonomia absoluta para formular cláusulas e demais termos aleatoriamente, pois deve levar em consideração os direitos básicos dos consumidores e os deveres que lhes são impostos como o de prestar informação, agir com transparência e boa-fé, possibilitando assim o exercício mais eficaz da liberdade de escolha nas contratações.

O propósito da proteção não é extinguir o contrato porque ele é sim um instrumento importante para a sociedade e fundamental para a circulação de riquezas na atualidade. Ao contrário disso, o que se quer, na verdade, é que haja equilíbrio nas relações contratuais para que o consumidor, presumivelmente vulnerável, não seja inserido em uma situação ainda mais desequilibrada.

Importante ressaltar que, obviamente, não existem dúvidas que estas cláusulas consideradas reprováveis estão sujeitas a estarem inseridas em qualquer espécie de contrato. No entanto, são nos contratos de massa anteriormente expostos que elas se mostram de forma mais veemente, motivo pelo qual se faz necessário analisarmos de forma mais pormenorizada num trabalho.

Por fim, e atrelado todo exposto anteriormente, o autor Bruno Miragem, com maestria, sugere uma alternativa constitucional, voltada para o que nós tratamos no primeiro capítulo, ou seja, direcionada para a aplicação dos valores constitucionais e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assegurados em nossa Constituição Federal de 1988, para que haja a efetiva concretização dos princípios nela postos e proteção aos que se encontram em condição desigual de vulnerabilidade.

Passados estes enfoques sobre a problemática dos contratos no Código de Defesa de Consumidor, passaremos a tratar especificamente sobre a relativização dos princípios contratuais, em especial a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos dos contratos, com fito na proteção jurídica contratual específica e efetiva do consumidor.

#### **4 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NOS CONTRATOS DE MASSA**

Nos dias atuais, o homem pós-moderno vive dias em que se inicia um repensar no que se refere aos direitos fundamentais e principiológicos, caracterizados essencialmente pelas relações de interdependência entre a legislação posta, prescrita e apresentada no texto da lei e, em contrapartida, a efetivação no âmbito social destas mesmas normas, adequando-as ao caso concreto e às mudanças sociais que a lei é incapaz de alcançar, criando assim condições propícias para o desenvolvimento de um direito com eficácia social.

É cediço notar que o Constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra contribuiu para olharmos sob outra dimensão, quanto a presente situação da nossa legislação vigente, olharmos sob uma perspectiva da necessidade de se adequar a legislação posta à realidade social, renovando-a. Além disso, ainda se defende os Direitos Fundamentais como sendo os elementos mais relevantes para configurar o constitucionalismo social e democrático que surgiu a partir do fim da segunda guerra mundial.

Por outro lado, o instituto em estudo também vislumbra afastar a ideia de formalismo, que consiste em pautar as leis e a jurisprudência dentro de uma “fôrma fechada”, que tem como objetivo único moldar o direito. Ao contrário disso, defendemos que o que se precisa é cuidar para cumprir a lei e valorizar também os sistemas mais abertos e flexíveis (desde que motivados), haja vista o fato do direito não conseguir atingir todos os casos concretos. Com isso, voltamos para a ideia da moral, em que os valores e debates jurídicos produzem efeitos na realidade concreta.

Ora, não podemos retroceder diante de notáveis avanços no Direito pátrio, que começam a se realizar no presente e se consumam para além dele, apresentando elementos essenciais para que haja um enfoque no social, especialmente nos menos favorecidos, garantia e eficácia desses direitos. Segundo o autor Walber de Moura Agra (2012, p. 136): “A importância dos direitos fundamentais é uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, configurando-se como a principal característica das Cartas Magnas hodiernas”.

Assim, por ser a sociedade complexa e mutável, em descompasso com o direito constituído, não há como permanecermos presos a uma “fórmula”, sendo de fundamental importância interpretar as leis, adequá-las à realidade social e suprimir a sua ausência, quando estiver sob o fundamento da lacuna na lei.

Por conseguinte, vemos de forma clara que houve nesta época pós-moderna, com o avanço das discussões no que se refere aos assuntos ligados ao constitucionalismo, mudanças que ganharam lugar de destaque em vários segmentos sociais, principalmente por buscar considerar a realidade social participante na dimensão jurídica, que deve ser preservada, para que o direito consiga ser eficaz.

Dentre essas mudanças, temos que considerar a relativização de alguns princípios contratuais para que alcancemos o equilíbrio nas relações que envolvem, principalmente, os contratos de massa, conforme veremos no presente capítulo.

#### 4.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS GERAIS: TEORIA CLÁSSICA

Vimos de forma exhaustiva que a Constituição Federal de 1988 é corolário de um longo processo de construção e se apresenta, na atualidade, levando-se em conta não somente a legislação posta, mas principalmente os princípios, que tem ganhado força e harmonizado todo o sistema constitucional.

Arelado a isso, temos os princípios que são o alicerce do Direito Contratual, escopo do nosso estudo e que, por anos, foram considerados “absolutos” dentro das relações contratuais, que tem prejudicado sobremaneira o consumidor, por ser parte vulnerável na relação, desequilibrando-a.

Dessa maneira, esclareceremos adiante os delineamentos dos princípios da autonomia de vontade, da força obrigatória dos contratos, bem como da relatividade dos efeitos dos contratos, levando em consideração a sua apresentação na atual conotação do ordenamento jurídico. É de fundamental importância a compreensão dos referidos princípios, sem a intenção de exauri-los, para que bem possamos alcançar o equilíbrio contratual por meio da interpretação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos nos contratos de massa.

##### **4.1.1 Princípio da autonomia da vontade**

O princípio da autonomia exalta a vontade declarada dos contratantes na relação. Sabemos que a vontade é o que compõe as relações em um meio social porque, sem ela, teríamos uma imposição arbitrária. A verdade é que não há uma autonomia da vontade, mas diversas autonomias, conforme a visão de cada época sobre referido conceito.

Cumprе salientar que há uma importante distinção entre a autonomia de vontade e a autonomia privada. Poderíamos dizer, assim, que a concepção de autonomia privada, em

poucas palavras, poderia ser tida como um poder que o particular tem de criar normas jurídicas nos limites legais do ordenamento jurídico.

O que houve foi a transição entre os dois institutos, sendo a autonomia da vontade vinculada aos valores constitucionais de forma direta e sendo orientada pela valorização da pessoa humana. Isto se dá precipuamente em virtude de ser ela centrada nos princípios que trataremos nesse trabalho, qual sejam: a liberdade contratual, que está inserida na autonomia da vontade; a força obrigatória dos efeitos contratuais; e a relatividade contratual. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 142)

No que se refere à seara jurídica, a manifestação da vontade voluntária é o elemento que delimita e separa o exercício regular do direito do abuso de direito, sendo considerado o componente diferenciador do negócio jurídico, que culmina na formação dos contratos em geral.

Por outro lado, quando voltamos os nossos olhos para a seara política, vemos o “Contrato Social” defendido por Rousseau, em que o contrato seria o alicerce de uma sociedade para circulação de riquezas. E esta mesma sociedade, por vontade livre e consciente, renunciaria parte de sua liberdade individual para que o Estado tivesse autoridade sobre eles, sem descuidar da liberdade que tinham em assumir suas próprias obrigações particulares.

Conforme foi mostrado no primeiro capítulo em relação ao Estado Liberal, vimos que ele foi voltado para a burguesia, para que pudessem exercer a liberdade sem interferência do Estado, ou com a interferência mínima deste, perfazendo assim, claramente o instituto da autonomia privada. Isto se deu precipuamente em virtude desta classe ser a responsável pelas trocas econômicas da sociedade na época e carecer de um instrumento apto para que houvesse o mais amplo exercício do direito de contratar.

Completando tal conceito quanto ao instituto em questão, objeto de nosso estudo, a doutrina traz que a autonomia de vontade é própria do negócio jurídico porque se liga ao direito de propriedade, ou seja, a circulação de bens e riquezas, de modo que o indivíduo teria liberdade na contratação em todos os seus aspectos (KOBAYASHI, 2010, p. 41). Assim, temos o destaque para a liberdade contratual do indivíduo, que se apresentavam formalmente como iguais perante a lei, segundo as ideologias de igualdade e liberdade propagadas pela Revolução Francesa.

Imprescindível ressaltar o significado da liberdade contratual, em que as partes eram livres, como o próprio nome sugere, tanto para contratar com quem bem quisessem quanto

para estabelecerem o que bem entendessem no contrato, sendo esta mesma liberdade restringida apenas pela ordem pública, ainda que de forma muito precária.

Em virtude disto, houve a exaltação da autonomia de vontade na relação contratual, que se manifestava no fato de que tudo que fosse acertado entre as partes era tido como “lei” para as mesmas. E era justamente o contrato o único meio que manifestava a vontade formal dos contratantes, mesmo que a vontade material não estivesse condizente, pois pouco importava esta última.

Importante destacarmos que, no contrato era possível fixar quaisquer assuntos com total liberdade e, como ele fazia “lei” entre as partes, o Código Civil (Constituição do Direito Privado da época) era encarado de forma secundária e auxiliar, recorrendo-se a ele apenas quando o contrato era omissivo.

É cediço enfatizarmos, ainda, que a autonomia de vontade, tratada anteriormente, refere-se ao modelo da respectiva época, que se adequava àquela sociedade. Isso começou a mudar com a revolução industrial, que trouxe consigo um rápido desenvolvimento econômico e social, porque houve a necessidade de um instrumento mais rápido, que pudesse atender a produção em massa.

Diante disso, os contratantes deixaram de debater as cláusulas contratuais de forma individual e autônoma, mas, ao contrário disso, o destaque é para o fato de que a autonomia de vontade não era bastante para esse novo modelo contratual, de forma que era necessário um novo modo de contratação. E é neste novo cenário que surgem os contratos de massa, objeto do presente estudo, em que as cláusulas são prévia e unilateralmente estabelecidas por um dos contratantes e submetidas à aceitação do outro, essenciais para a sociedade industrializada.

Apesar de exaltarmos as virtudes do instituto dos contratos de massa, temos que destacar que os mesmos trouxeram consigo a limitação da liberdade das partes de estabelecer as condições dos contratos porque eles eram prontos, fazendo com que os abusos comessem a aparecer, com a inclusão de cláusulas desproporcionais para prejuízo claro do vulnerável na relação.

Por outro lado, o Estado Social, já apresentado no primeiro capítulo, aparece na tentativa de corrigir as deturpações provocadas pela liberdade absoluta dada às partes, de modo que o relacionamento contratual perde o sentido individualista e liberal e não haveria mais como partir da ideia de igualdade entre as partes.

Concluimos assim que os dois extremos são perigosos e prejudicam apenas a parte mais vulnerável na relação. Enquanto por um lado, a ampla liberdade entre as partes acabou

fadada pelo Estado Social; a contratação em massa transformou-se em um artifício para inclusão de cláusulas abusivas.

O princípio da autonomia de vontade, consagrado nas relações contratuais, teve (e ainda tem) a sua relevância para o campo do direito contratual e foi instituído não somente sobre os alicerces da liberdade contratual, mas também fundamentado nos princípios da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos dos mesmos, como veremos adiante.

#### **4.1.2 Princípio da força obrigatória dos contratos**

No Direito Canônico foi onde primeiro surgiu a ideia da força obrigatória dos contratos, haja vista o fato dele estar ligado a ideia religiosa de que os acordos firmados entre as partes deveriam ser cumpridos, de modo que só era possível retirar-se dele se houvesse o cumprimento da obrigação.

Isso se dava precipuamente porque o contrato fazia lei entre as partes em seu sentido “*stricto sensu*” e, se não fosse cumprido, possibilitava que a parte prejudicada recorresse ao Estado para que ele garantisse o cumprimento do mesmo. Por outro lado, em seu sentido “*lato sensu*”, complementando o sentido anterior, o magistrado não poderia intervir naquilo que foi pactuado entre as partes, a não ser que as mesmas partes que pactuaram o desfizessem por nova manifestação de vontade.

Também conhecido pela expressão “*pacta sunt servanda*”, que significa basicamente “os pactos devem ser cumpridos”, o referido princípio não possibilitava que o contrato fosse sequer questionado, tomando-se como base a liberdade contratual, autonomia entre as partes e a presunção de igualdade, apenas no âmbito formal, que as partes possuíam. O autor Alessandro Marcos Kobayashi (2010, p. 43) aduz o seguinte:

Com relação à obrigatoriedade dos contratos, denota-se ser um reflexo direto da liberdade contratual, pois, partindo-se da presunção de que os contratos eram celebrados em igualdade de condições entre as partes, que possuíam ampla liberdade para contratar e discutir os termos da avença, uma vez celebrado, representava o real querer das partes, sendo, portanto, justo.

Desta forma, uma vez manifestada a vontade das partes por meio do contrato e preenchidos todos os pressupostos e requisitos de validade, este era irretroatável, no sentido de que as partes não poderiam se desvincular das obrigações assumidas, a menos que externalizassem outra manifestação neste sentido, o que representava segurança para os negócios jurídicos, ou seja, as partes estavam obrigadas a cumprir o pactuado.

Importante destacar que a aplicabilidade do princípio em comento era tida como absoluta. Entretanto, mais importante que a igualdade formal é, na verdade, a igualdade

material. E, quando estamos diante de uma situação em que as partes estão claramente em posições de desigualdade, vemos a tentativa de uso desse princípio para justificar o abuso do direito da parte detentora do poder econômico, sob o argumento de que estão exercendo seu direito à uma “falsa ideia” de liberdade contratual, que prejudica somente o vulnerável na relação.

Se por um lado, o princípio da força obrigatória dos contratos nos dá um mínimo de segurança jurídica, na certeza de que os contratos firmados serão efetivamente cumpridos; por outro lado, vemos que há o “aproveitamento” de tal instituto para tornar a relação jurídica desigual.

Na tentativa de desvincular terceiros do contrato assumido entre as partes e, em virtude do princípio da força obrigatória dos contratos, surgiu o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, que trataremos adiante, que significa que as obrigações assumidas entre as partes se limitam as mesmas, impossibilitando a vinculação de um terceiro nesta relação jurídica, para não os lesar.

Assim, torna-se necessário reconstruirmos a concepção acerca da força obrigatória dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro segundo uma visão de justiça contratual, de modo que tenhamos em mente, precipuamente, a igualdade material entre as partes na relação jurídica.

É o pensamento defendido pela autora Aline Storer (2008, p. 112), ao falar sobre a concepção atual do instituto:

Na concepção atual, a lógica contratual entendida como a lógica da vontade não se sustenta e foi substituída por uma nova percepção jurídica do contrato que se ocupa de conceber o contrato segundo a lógica da justiça contratual, preocupando-se com a igualdade substancial entre os contratantes, que se reflete no tratamento desigual aos contratantes faticamente desiguais e, conseqüentemente, sua proteção pelo ordenamento, solidificando uma concepção social do instituto.

A concepção social do instituto tem feito com que o seu conceito seja aos poucos relativizado e repensado, quando se está diante de flagrante desequilíbrio econômico entre as partes, de forma que o Estado tenha uma atuação mais efetiva de acordo com o caso concreto, fazendo com que as partes assumam não só direitos e deveres contratuais, mas também éticos e sociais.

E essa defesa estatal tem por base os princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, como a dignidade da pessoa humana, por meio da eficácia horizontal dos

direitos fundamentais, de modo que o interesse social deve ser garantido e valorado acima do interesse individual.

Ocorre que, há a defesa para releitura do referido princípio dentro do direito contratual com o objetivo básico de reestabelecer o equilíbrio entre as partes e reprimir os abusos cometidos, na busca pelo cumprimento da função social dos contratos em sua visão contemporânea.

Diante do exposto, faz-se necessário que o entendimento sobre tal princípio seja reformulado e relativizado, principalmente em um cenário globalizado, em que um dos dois lados é massificado e presumivelmente vulnerável, enquanto o outro possui o domínio do poder econômico. Passaremos ao exame do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, com as suas particularidades.

#### **4.1.3 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos**

O contrato, por ser um instrumento de acordo entre as partes, as vincula, de modo que o princípio em estudo assevera que o contrato produziria efeitos apenas entre as partes que o formaram e livremente o contrataram. Os direitos relativos são, na verdade, aqueles restritos apenas aos contraentes, de modo a não atingir os terceiros que não participaram da formação do contrato.

A autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2016, p. 5, grifos do original) esclarece em poucas palavras o referido princípio, quando diz:

Segundo este princípio, o contrato produz efeitos entre as partes, sendo partes as pessoas que o formaram, que manifestaram vontade no sentido da formação do pacto. Daí a classificação dos direitos obrigacionais ou pessoais como direitos relativos: são direitos oponíveis exclusivamente entre credor e devedor, dentro da relação obrigacional. Assim, os efeitos do contrato, juridicamente, ficavam adstritos à fechada relação contratual (com a ressalva, claro, das transmissões *inter vivos* e *mortis causa* das obrigações).

A concepção aqui trazida tem ligação direta com o modelo clássico de contrato, em que o Estado não interferia naquilo que fosse acordado entre as partes contratantes e, além disso, havia a autonomia de vontade “desenfreada” e a liberdade de contratar na busca pela satisfação dos interesses individuais.

Isso se dava por ser o instituto do contrato considerado de cunho exclusivamente patrimonial, em seu aspecto interno, com as limitações que deixavam de levar em consideração o âmbito social ou mesmo a coletividade. No entanto, claro está que, em seu

aspecto externo, muitos contratos interferem em terceiros ou mesmo na coletividade, abrangendo-a.

Importante destacarmos que o que os princípios sociais vêm fazer, ao serem implementados, é justamente valorar os contratos não somente em seu aspecto individual, mas, ao contrário disso, considerando também o aspecto social, bem como o interesse de todos os potenciais contratantes.

Na verdade, o direito contratual atualmente protege os contratantes e terceiros, passando a ser considerado um instituto privado com interesse social. E isto acontece sob o fundamento da constitucionalização do direito privado, em que os direitos contratuais estão inseridos levando-se em conta os princípios e valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana.

Não queremos, com isso, acabar com a vinculação entre as partes, tampouco extinguir o princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Mas, faz-se necessário interpretarmos o referido princípio de forma mais abrangente e social, basicamente através da interpretação do princípio da função social do contrato.

A autora Aline Storer (2008, p. 115) preconiza com maestria o seguinte:

Ressalte-se, contudo, que a aplicação do princípio em questão, interpretado, conjuntamente com o da função social, guardará, também, os limites de proporcionalidade e razoabilidade em consonância com sua maior ou menor repercussão ou reflexo na seara social. Não podendo, pois, aplicar-se de modo a não respeitar a vontade das partes contratantes, quando, os efeitos do contrato celebrado não atingirem ou não se refletirem sobre a coletividade sob pena de se comprometer a segurança jurídica do tráfego econômico.

Assim, a atuação dos princípios sociais como no caso da função social dos contratos devem estar em consonância com as atribuições individuais e sociais, permitindo que sejam valorizados os bens patrimoniais e também os não-patrimoniais. E, quando nos referimos aos contratos de massa, vemos mais claramente a necessidade de considerar, principalmente, o contexto social, tendo em vista a indispensabilidade da tutela daqueles que são presumivelmente hipossuficientes.

Portanto, na teoria contratual, devemos buscar a harmonia do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos com o contexto social, com base nos princípios sociais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, que analisaremos na sequência por meio dos seus delineamentos.

## 4.2 BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

O abuso do direito nos contratos de massa e a constitucionalização do direito privado tem sido um dos mais importantes e discutidos na contemporaneidade e, especialmente para o direito contratual. Então, ousaríamos consagrá-lo como primordial, tendo sido prestigiado com o estabelecimento do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento pátrio.

Importante ressaltarmos que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o princípio da solidariedade no inciso I do artigo 3º ao dizer que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

E, como reflexo do referido princípio, temos o princípio da boa-fé objetiva inserido no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, III e 51, IV que se ligam ao artigo da Carta Magna em virtude do diálogo das fontes, defendido por Cláudia Lima Marques (2016, p. 117). O artigo supracitado sugere que haja a transparência e harmonia nas relações de consumo, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio<sup>3</sup>.

A verdade é que a inovação do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico concebeu significativas mudanças ao Direito como um todo, especialmente ao instituto dos contratos pois, conforme vimos anteriormente, os contratantes eram dotados de liberdade contratual e autonomia de vontade, consideradas quase que soberanas (para não dizer que de fato eram), provocando os mais diversos abusos.

Importante ressaltarmos também que antes da implementação do Código de Defesa do Consumidor, a ideia de boa-fé possuía uma concepção meramente subjetivista, ligada a intenção e íntima convicção do sujeito na relação jurídica. Ocorre que, com o surgimento dos contratos de massa, e conseqüente desequilíbrio contratual, há a necessidade da intervenção estatal, de modo que surge o instituto do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a boa-fé objetiva com o objetivo de refrear os abusos e tutelar os consumidores, presumivelmente vulneráveis.

---

<sup>3</sup> 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:**

(...)

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;** (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Completando o que foi dito anteriormente, não é demais ressaltarmos que o instituto em questão trouxe um novo impulso à jurisprudência pátria, bem como avanços e transformações primordiais para o campo do direito privado e contratual, direcionando a aplicação deles na atualidade, por meio um novo regime das relações contratuais.

Isto se dá, precipuamente, em virtude de tal princípio configurar, segundo a autora Martins Costa (2000, p. 411 apud SILVA; MATOS, 2012, p. 176 – 177), um “modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’”.

Como o próprio nome sugere, a boa-fé nos remete a confiança no outro, através de um comportamento de integridade, probidade ou mesmo lealdade de ambas as partes numa relação jurídica, visando o equilíbrio tão almejado. Atrelado a isso, autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002, p. 16, grifos no original) esclarece o seguinte:

(...) enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*.

Assim, devemos destacar o princípio da transparência nos contratos, previsto no artigo 4º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que possui papel fundamental nas relações jurídicas e se liga ao princípio da boa-fé. Trata-se, na verdade da defesa da forma como a informação deve ser passada para o consumidor, ou seja, uma informação que preze pela clareza e lealdade, desfazendo qualquer tipo de dúvida e prevenindo o desequilíbrio e objetivando a justiça contratual.

É o que assegura a autora Cláudia Lima Marques (2016, p. 815 - 816), ao dizer que transparência seria clareza na informação correta sobre o contrato a ser pactuado, ou seja, é agir com boa-fé, fazendo com que os contratantes estejam cientes sobre todos os tópicos relevantes ou não da futura relação contratual. Em vista disso, o próprio Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de evitar ainda mais lesões ao consumidor, trouxe em seu bojo a obrigatoriedade do fornecedor cientificar o consumidor acerca não somente do produto, mas também das disposições contratuais a serem firmadas.

Se não fosse assim, o consumidor, sem as informações devidas e precisas do que estava contratando, poderia ser mais vítima dos abusos de direito praticados pelos fornecedores de produtos e serviços, além de ser sujeito a uma contratação indesejável ou mesmo onerosa demais para suportar, o que acarretaria a insatisfação e a busca pela revogação do vínculo contratual.

Assim, percebemos que a falta de transparência atinge o cerne do contrato porque a informação a ser transmitida faz parte do conteúdo contratual para a proteção do equilíbrio entre as partes. Ocorre que, na esmagadora maioria dos contratos de consumo inexistente a transparência (ou ela é falha, deficiente e imprecisa), de modo a trazerem prejuízos latentes aos consumidores.

Atrelado a isso, percebemos que o contrato deixou de ser uma relação jurídica estática para transformar-se em uma relação dinâmica, com diversas concepções que vão além do simples contrato escrito, pois apresentam compromissos de honestidade recíprocos para que o verdadeiro propósito da conduta praticada seja alcançado.

É o que a doutrina tem chamado de “deveres anexos de conduta” (MARQUES, 2016, p. 115), por meio da função integrativa ou criadora da boa-fé, que devem ser considerados em todas as fases do contrato, seja antes, durante ou depois da realização dele; alterando, assim, a relação estática que existia anteriormente.

Temos, então, novos deveres de comportamentos a serem observados pelas partes, como transparência, cooperação, informação e proteção. Além disso, a autonomia de vontade e a liberdade contratual, por exemplo, tornam-se relativizadas para que não haja o exercício abusivo do direito.

É o que assegura a autora Mônica Yoshizato Bierwagen (apud SILVA; MATOS, 2012, p. 182) ao falar sobre os deveres anexos:

(...) a boa-fé também impõe certos deveres aos contratantes, chamados secundários, laterais ou acessórios, porque, estando em segundo plano com relação à obrigação principal (o cumprimento do objeto do contrato), surgem durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo subsistir além desta, em momento pós-contratual (...).

Assim, os deveres anexos da boa-fé objetiva, por exemplo, darão norte aos contratos. A boa-fé possui, na verdade, uma função de controle ao abuso do direito nos contratos de massa, expostos no capítulo anterior, por meio de uma conduta ética, impondo-lhe limites, com o objetivo que os mesmos possam satisfazer efetivamente a sua função social e garantir o adimplemento contratual.

Deste modo, vemos claramente que o contrato engloba não somente uma obrigação de fazer, por exemplo, mas, ao contrário disso, com a função da boa-fé objetiva, passa a ter também uma função orientativa de conduta. Esta função é importantíssima porque é o que efetivamente faz com que as relações se tornem equilibradas, sem quebrar a confiança e a expectativa dos contratantes.

Percebemos, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva está diretamente ligado a atuação ética, honesta e leal dentro de uma relação contratual, manifestando-se por meio da transparência na informação, que devem nortear a conduta das partes, com a finalidade de evitar os abusos comumente praticados nos contratos de massa.

Os contornos dados à função social do contrato não são diferentes dos que são dados à boa-fé objetiva, que relevam os valores sociais, com a finalidade de realizar uma interpretação dos institutos do contrato de forma bem mais ampla, voltada para a realidade social e para a igualdade material entre as partes.

A função social dos contratos está claramente prescrita no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 421, ao falar sobre os limites da liberdade contratual, quando diz que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002). A liberdade de contratar estaria, portanto, condicionada pela função social do contrato.

Trata-se, na verdade, de uma cláusula geral que preenche as lacunas da atividade jurisdicional e busca uma aplicação específica de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. Segundo o autor Renzo Gama Soares (apud KOBAYASHI, 2010, p. 82), as cláusulas gerais poderiam ser conceituadas da seguinte maneira:

(...) formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que natureza de diretriz. As cláusulas gerais contêm preceitos vagos no antecedente (necessidade, grave dano, obrigação excessivamente onerosa, prestação manifestamente desproporcional, exceder manifestamente...), não apresentando uma solução para o juiz. Será o magistrado que aplicará no caso concreto a solução para aquele determinado caso, de acordo com as circunstâncias próprias daquela situação fática específica.

Assim, caberia ao magistrado adequar-se ao caso concreto para solucionar a lide, sem desamarrar-se dos princípios e regras postas no ordenamento jurídico. Diante disto, entendemos a função social do contrato como uma cláusula geral que deve ser harmonizada com a ética e com a realidade social, e que, por vezes, preserva a coletividade em detrimento dos interesses individuais.

Importante ressaltarmos que a função social, ora estudada, pode ser demonstrada tanto no seu aspecto interno, relacionando-se as partes contratantes; quanto no seu aspecto externo, quando exprime os reflexos causados na coletividade. É o que assevera o autor Miguel Reale (2003, paginação irregular), ao afirmar que “O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”.

De forma mais específica, o aspecto interno vincula as partes que estabeleceram o contrato. Assim, se o contrato traz vantagem somente para uma das partes (ou desvantagens excessivas para uma delas), como acontece no caso dos contratos de massa, estaremos diante de flagrante descumprimento da função social dos contratos em seu aspecto interno e, portanto, abusividade, desviando-se da finalidade para a qual fora criado, qual seja, a satisfação do interesse de ambas as partes.

Por outro lado, ao nos referirmos ao aspecto externo da função social dos contratos, o foco vai para além das partes, ou seja, para aquele terceiro que é socialmente interessado. Isso se justifica pela proibição dos contratos causarem danos a terceiros, lesando-os, ou mesmo contrariarem interesse social; pois estas figuras, mesmo sem ter status de parte naquela relação, devem ser protegidos contra possíveis violações dos seus direitos.

Assim, se as partes excederem os limites da função social do contrato, o terceiro atingido poderá tutelar para que a relação retome os seus limites, pois o contrato não pode prejudicar terceiros e, se isso acontecer, haverá ato ilícito e abuso do direito, de forma que devem ser responsabilizadas e obrigadas a reparar o dano.

Diante de todo exposto, vemos claramente que, com a inclusão do princípio da boa-fé objetiva e da cláusula geral da função social dos contratos nas relações que envolvem os contratos de massa, houve a modificação dos contornos que envolvem tais contratos e a consequente necessidade de relativização dos princípios gerais dos contratos, tidos, muitas vezes, como absolutos, objetivando a proteção do consumidor, presumivelmente vulnerável, bem como de toda a coletividade, para que somente assim, os contratantes possam ser achados em igualdade material de condições, bem como o equilibrados dentro da relação jurídica, consoante será visto adiante.

### 4.3 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Vimos, durante todo este trabalho, que a definição clássica dos contratos traz consigo muitas particularidades, que devem se encontrar fadadas, em nossos dias, pois o contrato passou a ser visto como um vínculo de cooperação entre as partes, que deve se basear, precipuamente, no princípio da boa-fé objetiva e na cláusula geral da função social dos contratos.

Os institutos da boa-fé e da função social, anteriormente citados, modificaram sobremaneira o Direito Privado e, principalmente, o Direito Contratual porque são neles que podemos nos fundamentar para que haja a relativização dos princípios contratuais clássicos, como autonomia de vontade, liberdade contratual, força obrigatória e relatividade dos efeitos dos contratos.

Os princípios contratuais clássicos não deixaram de existir, mas a sua atuação deve considerar também os novos deveres anexos das relações jurídicas. Isso em virtude do fato de que eles estariam sendo usados como meio para abusividade nos contratos, em especial no caso dos contratos de massa.

Para que haja o efetivo adimplemento contratual e o equilíbrio entre as partes, elas devem estar em igualdade material de condições. E, para nortear tal conduta, nada melhor que a busca pela ética, lealdade, transparência e probidade nas relações. Em outras palavras, o que se busca é o valor da justiça contratual. É neste mesmo norte que caminha a nossa Constituição Federal pátria, ao listar em seu artigo 3º os objetivos da República Federativa do Brasil<sup>4</sup>.

Em um Estado democrático, como no caso da sociedade brasileira, os valores e princípios que inspiram são aqueles voltados para igualdade, liberdade, solidariedade e de tantos outros que são de fundamental importância, de forma que caberia a este mesmo Estado a intervenção nas relações privadas para a consecução efetiva dos direitos fundamentais e da justiça contratual.

Há a exigência, portanto, da justiça contratual, por meio de uma atuação cooperativa entre os contratantes, em virtude da finalidade do contrato ser a satisfação dos interesses

---

<sup>4</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

recíprocos, que depende da atuação de cada um deles. Isso porque não haveria sentido compor uma relação bilateral se uma das partes que a compõe estiver em clara situação de desvantagem e desequilíbrio.

Justamente por esse motivo que não poderíamos atrelar a ideia de justiça contratual a liberdade e igualdade formais. Ao contrário disso, deve-se reformular a sua ideia e privilegiar a liberdade efetiva e a igualdade material para, somente assim, proteger a parte contratante mais vulnerável, como no caso dos consumidores, coibindo os abusos praticados nos contratos de massa.

É o que preconiza o autor Francisco dos Santos Amaral Neto (2004, p. 18, grifo nosso):

(...) A exigência de igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade de uma decisão também materialmente justa, de acordo com as circunstâncias. Entra aqui o conceito de equidade como critério interpretativo, que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa. Diz-se, por isso, **ser a equidade a justiça do caso concreto. E a decisão será equitativa quando levar em conta as especiais circunstâncias do caso decidido e a situação pessoal dos respectivos interessados.**

Outrossim, para que sejam concretizados os valores e princípios constitucionalmente estabelecidos, devemos usar a razoabilidade e proporcionalidade como parâmetros das obrigações postas na moderna concepção de contrato, na consagração da ideia aristotélica de tratar os iguais na medida material de sua igualdade e os desiguais na medida também material das suas desigualdades. Trata-se, na verdade, de limitação da liberdade e relativização dos princípios contratuais clássicos, quando o usufruto deles acarreta o seu exercício abusivo, levando-se em conta todo conjunto contratual e não somente o momento da sua formação.

Deste modo, o equilíbrio contratual não deve ser realizado somente de forma pontual em um aspecto específico do contrato, mas deve ser entendido levando-se em conta a relação jurídica como um todo, abrangendo as peculiaridades de cada situação jurídica, em cada caso concreto, sob o ponto de vista dinâmico.

Por fim, completando o que fora anteriormente exposto, percebemos que, em uma sociedade massificada e de consumo, deve-se atentar para fatores externos, como os riscos assumidos por cada contratante pois a busca pelo equilíbrio contratual exige exame abrangente e profundo da relação, que vai além daqueles trazidos nos elementos contratuais clássicos.

A relativização dos princípios contratuais não tem o objetivo de ultrapassar as vontades das partes, nem mesmo de gerar insegurança ao vínculo contratual. Mas, ao contrário disso, tem a intenção de reequilibrar os contratos de massa com a finalidade de preservá-los, possibilitando a satisfação dos interesses legítimos dos contratantes, principalmente daquele que é presumivelmente vulnerável. Os contratos devem ser cumpridos, esta é a regra geral, e a relativização dos princípios gerais e clássicos dos contratos deve buscar a possibilidade do seu efetivo cumprimento equilibrado.

#### 4.4 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PARA O COMBATE AO ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS DE MASSA

Atualmente, temos que a Constitucionalização do Direito como um todo é indispensável para que as relações jurídicas privadas estejam de comum acordo com os valores constitucionais. E, para que isso ocorra, deve-se atentar para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, como amplamente explicitado nos capítulos anteriores.

Os autores Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman (2008, p. 7 - 8) preconizam o seguinte:

Enfim, as águas que dimanam da nascente constitucional fluem pelo ordenamento irrigando a seara infraconstitucional. Tão certo como a constatação de que os rios não sobem as montanhas contra a gravidade, a lei não pode prescindir de sua matriz constitucional. Atribuir função é, desta feita, subtrair conotação absoluta, trazendo à pauta questões acerca de seus limites, interesses, finalidades e fundamentos. Trata-se de apreciar a legitimidade constitucional de seu exercício, atravessando as fronteiras ora esmaecidas do público e privado, explorando o bosque da liberdade, em cujas trilhas cruzam-se contrato e propriedade. O percurso é árduo, mas sente-se a brisa dos direitos fundamentais.

Esta nova perspectiva do Direito Constitucional teve como marco introdutório a Constituição de 1988, que trouxe consigo a redemocratização, através da força normativa dos valores e princípios por todo o sistema jurídico, apresentando-se com supremacia não somente formal, mas também axiológica, tendo em vista a releitura entre público e privado feita a partir dos últimos anos do século XX. A ordem jurídica passou a ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, buscando a realização dos valores nela consagrados.

Vale ressaltarmos que o foco passa a ser a pessoa humana, que se destaca e deve ser protegida por seu valor em todas as situações em que ela estará inserida. É o que alguns doutrinadores denominam de “repersonalização” ou “despatrimonialização”, ou seja, a pessoa

humana é vista com maior destaque, havendo o abandono da ideia focada na propriedade privada.

Sendo assim, os interesses e direitos que seriam de natureza primordialmente pessoal vão se contrapor aqueles que seriam basicamente patrimoniais, de modo que a pessoa humana e seus valores, por óbvio, se sobressairiam sobre os interesses materiais. (FACCHINI NETO, 2013, p. 26 - 27)

Com a “repersonalização” e a “despatrimonialização”, o patrimônio deixa de estar no centro e, como consequência, é substituído pela pessoa humana. Estes institutos, para o jurista Paulo Lôbo (2013, p. 27), “nada têm a ver com a negativa ou a desimportância do patrimônio. É preciso deixar claro que o patrimônio está a serviço da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa”.

A autora Roberta de Freitas Netto (s/d, p. 5) complementa com maestria:

Assim, o interesse pelo e para o ser humano é considerado o escopo do Direito Privado, devendo este ser interpretado e aplicado conforme a sua finalidade: tutelar o interesse humano. E junto a este processo de repersonalização, conseqüentemente, há a marginalização dos interesses patrimoniais. Necessário ainda ressaltar, que esta marginalização não comporta em eliminação, mas sim, em diminuição de sua importância, quando comparado ao interesse do ser humano.

Assim, é cediço notarmos que a aplicabilidade dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, nas relações privadas, é de fundamental importância na atualidade para que possamos entender, em que medida, estes mesmos direitos condicionam as relações entre particulares, levando em conta a ponderação e o equilíbrio de acordo com o caso concreto.

Frise-se que o tema dos contratos são uma das matérias centrais do Direito Privado, que devem se associar com os valores e princípios inseridos na Constituição, bem como as diretrizes políticas do Estado, que irá interferir nas relações contratuais, quando necessário, para lhe impor limites. Em outras palavras, dada a importância do tema, não teríamos como desvencilhar o Direito Constitucional do Direito Privado.

Quanto a Constitucionalização do Direito Privado e a sua ligação com a relação contratual, a autora Gisele (2014, paginação irregular) aduz:

A constitucionalização no direito privado é visível através de limitações construídas aos dois institutos mais prestigiados pela doutrina jusprivatística: a autonomia da vontade, a relatividade à liberdade de contratar; e uso da propriedade privada,

mediante a subordinação aos valores constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais.

Sendo assim, a interferência estatal se faz indispensável com a inserção de normas de ordem pública nas relações entre particulares, até mesmo dentro do corpo constitucional, que passa a ser o centro do ordenamento jurídico, com a finalidade de alcançar a proteção dos menos favorecidos (ou seja, aqueles claramente vulneráveis nas relações jurídicas) para que haja equilíbrio contratual, inclusão social, e principalmente o combate aos abusos contratuais.

A Constitucionalização do Direito Privado é de fundamental importância por ter o objetivo central, em resumo, de proteger a pessoa humana, principalmente aquelas que se encontram numa situação de vulnerabilidade, e assim, combater os abusos de direito que ocorrem em diversos ramos do direito, latente nas relações contratuais que envolvem os contratos de massa.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme já demonstrado, o contrato é o instrumento hábil para circulação de riquezas e não há como precisar efetivamente o seu surgimento. A noção de contrato oriunda do Estado Liberal defendia a autonomia da vontade das partes sem que houvesse a interferência estatal, sendo superada pelo Estado Social e posteriormente abarcada pelo Estado Democrático de Direito, por meio de uma leitura constitucional do instituto.

É imprescindível notar que a separação dos institutos de direito público e privado não mais se mantém quando voltamos os olhos para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que despatrimonializa o contrato e coloca a pessoa humana no centro do sistema jurídico, valorizando-a, visando o combate ao abuso do direito nos contratos de massa e salvaguardando os mais vulneráveis na relação jurídica.

Assim, no primeiro capítulo, constatamos que a nossa atual Constituição atentou para a conjugação das três formas de Estado, buscando a garantia dos direitos transindividuais e repercutindo no direito do consumidor. E, por assim ser, verificamos a mitigação da diferenciação existente nos direitos público e privado e a consequente interdependência entre eles, fazendo com que as relações patrimoniais deixem de serem justificadas no patrimônio em si, mas o façam com os olhos voltados para o interesse social, valorizando a pessoa humana e garantindo a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No segundo capítulo, por sua vez, percebemos que o contrato é um consenso de duas ou mais pessoas que atestam a sua vontade naquele documento, vinculando-os. Vale salientar aqui que o que mais importava era fazer valer aquilo que havia sido estipulado em contrato, independente da condição social de cada uma das partes. Além disso, eram dotados de rigor formalista, que se tornava um obstáculo na contratação.

Assim, para flexibilizar o rigor acima descrito, atender um anseio social e otimizar as relações contratuais, os contratos de massa surgiram, tornando, portanto, as relações contratuais mais céleres e eficientes. Entretanto, os referidos contratos se caracterizam por serem verdadeiros formulários prontos, elaborados prévia e unilateralmente. E é justamente por possuírem características como da elaboração prévia, unilateral e estarem prontos no ato da contratação, que lhes dá ensejo para que a parte que elabora o contrato o faça trazendo vantagens para si, abusando dos mais fracos na relação e, por óbvio, tornando-a visivelmente desequilibrada.

Alguns dos princípios contratuais clássicos, como foi constatado no terceiro capítulo do nosso estudo, são a autonomia de vontade, em que as partes possuem a liberdade em

contratar como bem entenderem; a força obrigatória dos contratos, que assegura que os contratos devem ser efetivamente cumpridos em seu texto como um todo; e a relativização dos efeitos contratuais, que vinculam as partes contratantes ao próprio contrato.

Estes conceitos não mais se sustentam no cenário atual dos contratos de massa. A liberdade irrestrita claramente faz com que o contratante mais forte da relação acrescente no texto contratual aquilo que bem entender, abusando do mais vulnerável na relação; atrelado a isso, estando numa situação de desigualdade e tendo seus direitos violados, a força obrigatória, se não relativizada, protegeria os abusos; e, por ser um instrumento social, o contrato não deve vincular somente as partes, mas servir como instrumento de proteção para a sociedade como um todo.

A relativização dos princípios contratuais clássicos, acima citados, com base na constitucionalização do direito privado, na boa-fé objetiva e na função social dos contratos, trabalhado no presente estudo, veio concretizar efetivamente o combate ao abuso de direito nos contratos de massa, bem como tentar igualar as desigualdades substanciais existentes entre os contratantes, especialmente a parte vulnerável da relação contratual. Assim sendo, o tema torna-se extremamente relevante na sociedade moderna, especialmente na busca pelo equilíbrio contratual.

A verdade é que temos que ter em mente que, nos dias atuais, o contrato funciona como um instrumento social, vinculando não somente as partes contratantes, mas toda sociedade. E, por assim ser, torna-se imperioso concluir que há a necessidade da efetiva intervenção estatal na proteção das relações contratuais, amparando os interesses dos mais vulneráveis na relação por meio do combate aos abusos de direito.

Além disso, quando nós tiramos a importância do patrimônio em si, humanizando as relações contratuais e tomando como base, para tanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, poderemos então sugerir uma solução efetiva para a problemática da crise na teoria contratual clássica, com a consequente relativização dos princípios a ela atrelados. Não somente isso, mas também confiando ao direito constitucional a importância que lhe é devida dentro do direito privado.

Cumprido salientar, que ainda se carece de uma nova análise mais pormenorizada em sede de pós-graduação, para que sejam trazidos à discussão novas e mais fundamentações acerca das questões, contribuindo para o fortalecimento da teoria do abuso de direito nos contratos de massa e a constitucionalização do direito privado.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Equidade no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <[www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/615/795](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/615/795)> Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 39, p. 5-22, 2003.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do Direito Civil e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais às Relações Privadas. **Direitos Fundamentais & Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre**, n. 13, p. 141-162, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 01/nov/2016.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2 ed. Tradução: Alfredo Fait, São Paulo: Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 4ª reimpr. da 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo—a reconstrução do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 13, p. 29-50, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **LEI No 10.406, Código Civil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 de novembro de 2016.

**CARTILHA do consumidor**. Disponível em: <<http://www.procon.al.gov.br/legislacao/cartilhadoconsumidor.pdf>>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Constitucionalização do Direito Privado e seu reflexo na relação contratual moderna. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1151, 26 ago. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8856>>. Acesso em: 20 out. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 176, 2015.

\_\_\_\_\_. **O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste**. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160748](http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160748)> Acesso em: 20 de novembro de 2016.

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. **Contratos, Ordem Econômica e Princípios: Um Diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 Anos Depois**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-contratos-ordem-economica-e-principios-um-dialogo-entre-o-direito-civil-e-a-constituicao-20-anos-depois.>> Acesso em: 15 de dezembro de 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano**, v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. Volume IV. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. **Revista de Direito Privado da UEL**, v. 2, n. 1, 2009.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do direito das obrigações. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 8, n. 1, p. 87-108, 2006.

FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <[www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/.../camila\\_victor.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/.../camila_victor.pdf)> Acesso em: 20 de novembro de 2016.

FREITAS NETTO, Roberta de. **Propriedade e Domínio: Uma Releitura à Luz do Princípio da Função Social**. Disponível em: <[bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18445/Propriedade\\_e\\_Dom%C3%ADnio.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18445/Propriedade_e_Dom%C3%ADnio.pdf)> Acesso em: 15 de novembro de 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Haina Eguia. A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 9, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no Século XXI**. Disponível em: <[www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo\\_giselda\\_tendencias.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_tendencias.pdf)> Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

JÚNIOR, Alcides Mattiuzo. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA TEORIA CONTRATUAL. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 7, n. 1, p. 33-47, 2016.

KOBAYASHI, Alessandro Marcos. **Revisão do Contrato com Base no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150319.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150319.pdf)> Acesso em: 20 de novembro de 2016.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 11, p. 1-2.

LEITE, Gisele. Constitucionalização do Direito Privado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4009, 23 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29546>>. Acesso em: 20 out. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 141, p. 362, 1999.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil> > Acesso em: 20 de novembro de 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 163-186, 2000.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 31, n. 94, p. 227-250, 2004.

MINARDI, Fabio Freitas. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria da eficácia horizontal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, n. 4, 2008.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos no Direito Contemporâneo**. Revista Virtual Direito Brasil – Volume 8, nº 1 – 2014.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **id/507402**, 2014.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. **Jus Navigandi, Teresina, a**, v. 5, 2012.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 02/11/2016.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, n. 4, p. 161-177, 2015.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. O contrato como processo ea boa-fé objetiva: por uma filtragem constitucional da teoria contratual. **Revista Logos Ciencia & Tecnologia**, v. 3, n. 1, p. 203-216, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

SCHÖNING, Raquel. A Constitucionalização do Direito Civil, a Normatividade dos Princípios Constitucionais e a Nova Principiologia dos Contratos. **Revista Jurídica**, v. 16, n. 31, p. 137-156, 2012.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. Lineamentos do Princípio da Boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional. **Revista Direito e liberdade**, v. 14, n. 1, p. 165-198, 2012.

\_\_\_\_\_. **Boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3118, 14 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20862>>. Acesso em: 18 out. 2016.

STORER, Aline. **As cláusulas gerais do Código Civil e a renovação dos princípios contratuais**. 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de direito civil**, v. 3, p. 199-215, 1999.

VIEIRA, Lara Fernandes. A influência do princípio da dignidade da pessoa humana na construção de um novo modelo de contrato. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, v. 33, n. 1, 2013.

WIDER, Roberto; DO TJRJ, DESEMBARGADOR. O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores. **Revista da Emerj**, v. 8, n. 29, p. 28, 2005.

WALD, Arnoldo. **A Evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004.