

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

RUBIA CARLA GOEDERT

**A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE
CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**CURITIBA
2013**

RUBIA CARLA GOEDERT

**A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE
CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito, Faculdades
Integradas do Brasil - UniBrasil.**

**Orientadora: Prof. Dra. Rosalice Fidalgo
Pinheiro.**

**CURITIBA
2013**

G594

Goedert, Rubia Carla.

A proibição de discriminação nos contratos de consumo e o direito fundamental à Defesa do consumidor. / Rubia Carla Goedert . – Curitiba: UniBrasil, 2013.
157 p.; 29 cm.

Orientadora: Rosalice Fidalgo Pinheiro.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Consumidor – Direito fundamental. 3. Consumidor - Discriminação. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

RUBIA CARLA GOEDERT

A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito,
Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Membros: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
Programa de Mestrado em Direito,
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR.

Prof^a. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos
Programa de Mestrado em Direito,
Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Curitiba, fevereiro de 2013.

*Ao meu pai José Goedert (Zeca) (in
memoriam) que sempre me apoiou em tudo
e acreditava que nunca podemos parar de
lutar e, muito menos, desistir dos nossos
sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Sou imensamente grata a Deus pelo dom da vida e pela concretização deste trabalho.

Agradeço a Prof. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, pela dedicação, carinho, atenção e zelo com que conduziu minha orientação para que esse trabalho pudesse ser realizado e pela pessoa amiga que é.

Ao meu marido, Cesar, companheiro e amigo de todas as horas.

À minha filha, Yohana, que me faz muito feliz e sempre me incentiva em tudo aquilo que me proponho a fazer.

Aos meus pais, José – Zeca – (in memoriam) e Regina, com quem aprendi as lições mais indelévels sobre valores.

A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	-----------

1. AUTONOMIA PRIVADA E DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

14

1.1 A dicotomia entre o público e o privado: a quebra das fronteiras e a autonomia do indivíduo	15
1.2 A autonomia privada, discriminação e direitos fundamentais.....	22
1.3 As situações de discriminação e sua relevância no direito brasileiro	35
1.3.1 A autonomia privada como "pedra angular" do direito privado moderno.....	38
1.3.2 A tutela constitucional da autonomia privada	42
1.4 Autonomia privada, discriminação e os contratos de consumo	48

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E A DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

56

2.1 O direito fundamental à defesa do consumidor e as relações de consumo	56
2.1.1 A tutela do consumidor e o direito fundamental à defesa do consumidor	58
2.1.2 A vulnerabilidade do consumidor como tradução jurídica da igualdade na relação de consumo	64
2.2 O contrato de consumo como "ponto de encontro de direitos fundamentais"	66
2.2.1 Teoria da eficácia imediata.....	69
2.2.2 Teoria da eficácia mediata	70
2.2.3 Teoria dos deveres de proteção.....	73
2.3 Os princípios contratuais nas relações de consumo: em direção à proibição de discriminação	75
2.3.1 Função social do contrato	77
2.3.2 A boa-fé como "novo paradigma das relações de consumo"	80
2.3.3 Justiça contratual substancial.....	83

3. A DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....

85

3.1 Da experiência europeia para o direito brasileiro: da proibição de discriminação... ..	86
3.2 O princípio da igualdade e a proibição da discriminação	98

3.2.1 O princípio da igualdade e suas facetas em face da dignidade da pessoa humana	107
3.2.2 A incidência do princípio da igualdade nos contratos de consumo: proibição de discriminação (direito fundamental à defesa do consumidor)	111
3.3 Os instrumentos de proteção contra discriminação no CDC	114
3.3.1 Dever de contratar.....	115
3.3.2 Reparação dos danos extrapatrimoniais	117
3.3.3 A discriminação na publicidade e na oferta	125
3.3.4 Proibição de cláusulas abusivas	127
3.3.5 Práticas abusivas	131
3.4 Igualdade, discriminação e contratos de consumo.....	134
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

RESUMO

A busca pela igualdade material no Estado de Direito foi concretizada pela Constituição Federal ao prever a igualdade de todos perante a lei, protegendo as pessoas desiguais, fixando como um de seus princípios o reconhecimento da vulnerabilidade intrínseca do consumidor no mercado de consumo. A discriminação é um fenômeno habitual e universal nas relações de consumo que se revelam um campo fértil para sua ocorrência pela disparidade existente entre o fornecedor e o consumidor. A não discriminação nas relações de consumo implica na limitação da autonomia privada, antes ideologicamente ligada à perspectiva individualista e à predominância do querer das partes, relativizando o poder do fornecedor no âmbito contratual. Apesar da existência de instrumentos constitucionais direcionados à proibição de discriminação, poucas são as decisões dos tribunais onde se reconhece a ocorrência de discriminação nos contratos de consumo. O objeto deste estudo é a análise da proibição de discriminação nos contratos de consumo e a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, principalmente, no contexto brasileiro. Não é possível acabar com a discriminação limitando a garantia apenas nas relações entre particular e Estado. A proteção contra a discriminação também pode ser evidenciada no interesse de toda a sociedade como forma de equilibrar as partes no contrato de consumo, afastando, com isso, a exclusão social, garantindo os direitos fundamentais e favorecendo a democracia.

Palavras-chave: *contrato; consumidor; direitos fundamentais; discriminação; eficácia dos direitos fundamentais.*

ABSTRACT

The search for material equality in the rule of law was implemented by the Federal Constitution to provide for the equality of all under the law, protecting unequal people, establishing as one of its principles to recognize the intrinsic vulnerability of the consumer in the consumer market. Discrimination is a usual and universal phenomenon in consumption relationships that prove a fertile ground for its occurrence by the disparity between the supplier and the consumer. Non-discrimination in consumer relations implies in the limitation of autonomy that before was ideologically linked to the individualistic perspective, and the predominance of willing of the parties, thus balancing the power of the supplier under the contractual. Despite the existence of constitutional instruments directed to the prohibition of discrimination, there are few court decisions which recognizes the occurrence of discrimination in consumer contracts. The object of this study is the analysis of prohibition on discrimination in consumer contracts and the applicability of fundamental rights in private relations mainly in the Brazilian context. It is not possible to end the discrimination by limiting warranty only to the relationship between individual and state. The protection against discrimination can also be evidenced in the interest of the whole society as a way of balancing the parties to a consumer contract, ending with it the social exclusion, guaranteeing the fundamental rights and promoting democracy.

Keywords: *contract; consumer; fundamental rights; discrimination; effectiveness of fundamental rights.*

INTRODUÇÃO

A nova realidade contratual que advém das transformações econômicas e tecnológicas, na qual os contratos em massa compõem o dia-a-dia do mercado de consumo, superou o dogma da vontade e a imutabilidade contratual (*pacta sunt servanda*) e, novos deveres decorrem de princípios jurídicos que informam o direito contratual, como a igualdade, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

O presente trabalho mostra um panorama instigante das relações de consumo que é o da incidência da discriminação do consumidor.

A pesquisa tem como proposta o estudo do princípio da igualdade e da não-discriminação no âmbito dos contratos de consumo em busca da dignidade da pessoa humana, o fundamento dos direitos fundamentais, além de buscar explicitar o sentido desses princípios diante da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, averiguando a forma como vêm sendo aplicados no contexto brasileiro.

A temática, objeto da pesquisa, passa pela intervenção do Estado na esfera privada e a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, questionando em que medida se limita a autonomia privada em prol dos direitos fundamentais.

Apesar da existência de instrumentos constitucionais direcionados à proibição de discriminação, poucas são as decisões dos tribunais nas quais se reconhece a ocorrência de discriminação nos contratos de consumo e se aplica a defesa da paridade entre os contraentes, o que demonstra a vinculação ainda impregnada aos preceitos clássicos da autonomia privada.

Deste modo, o que se pretende é verificar se o Direito Privado apresenta instrumentos aptos a solucionar os casos em que a discriminação se faz presente nos contratos de consumo e, se a incidência dos direitos fundamentais de maneira direta e imediata nas relações interprivadas é a solução para impedir a ocorrência de discriminação. Por tal motivo, procede-se a análise conjunta dos princípios constitucionais da igualdade, da não-discriminação e da dignidade humana, bem como verifica-se a dimensão de seus reflexos e a eficácia sobre a autonomia privada no âmbito dos contratos de consumo, demonstrando que se faz necessária a realização de uma apreciação e ponderação dos direitos envolvidos, dos interesses das partes contratantes e a relativização da autonomia privada em prol desses direitos.

Esse é o ponto que norteia este estudo.

O combate à discriminação em todo mundo se deu em função dos terríveis acontecimentos ocorridos na Segunda Guerra Mundial. A ideia de se coibir a discriminação veio a ser internacionalizada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em meados do século XX, exatamente no ano de 1948.

A discriminação pressupõe violação de um direito fundamental cuja tutela deve ocorrer de maneira ampla e imediata. Neste particular, buscou-se neste estudo reunir os principais conceitos de discriminação encontrados na doutrina e na legislação para verificar até a que ponto se submeterá a autonomia privada.

Nesse contexto, se constata a importância das Diretivas Europeias por predispor orientações afetas ao princípio de igualdade de tratamento aos Estados que compõem a União Europeia criando um princípio geral de não discriminação no âmbito privado. Num contraponto, constata-se que no Direito Privado brasileiro não existe uma legislação ou norma nos moldes das Diretivas Europeias um princípio antidiscriminatório geral aplicável no âmbito dos contratos devendo o aplicador do direito recorrer à Constituição Federal.

Em se tratando de relação de consumo, a discriminação encontra um campo fértil para seu desenvolvimento e configura-se em um fenômeno habitual e universal devido à disparidade (técnica, fática, jurídica e informacional) existente entre o fornecedor e o consumidor. Submetida ao Judiciário, as questões relativas à discriminação deixam de ser enfrentadas com a devida profundidade exigida para um tema que afronta direitos fundamentais e direitos humanos.

Reconhecidamente frágil na relação de consumo, o legislador indicou como fator *discrimen* fundante da proteção privilegiada que o Estado outorga ao consumidor: a vulnerabilidade que lhe é inerente. Nesse sentido, o consumidor recebe um tratamento diferenciado nas relações jurídicas estabelecidas com o fornecedor, para que se densifique a igualdade substancial como paradigma de tratamento dos sujeitos da relação de consumo.

A metodologia aplicada neste trabalho foi a de uma pesquisa teórica-descritiva que utilizará como método de procedimento o bibliográfico e como método de análise o categórico dedutivo.

Na primeira parte do trabalho aborda-se a evolução da autonomia da vontade no direito até a autonomia privada contemporânea. Neste ponto, cabe

delinear a liberdade dos contraentes frente aos direitos fundamentais, e o princípio da não-discriminação nos contratos de consumo.

É de essencial importância desenvolver o estudo das transformações ocorridas no âmbito das relações contratuais que ensejou a mudança de paradigma no que tange à predominância da vontade das partes contratantes. Contudo, não se pode olvidar também que a autonomia privada foi recepcionada pela Constituição Federal e é um princípio fundamental do ordenamento jurídico que tem como premissa a liberdade e a autodeterminação da pessoa o que, em tese, permitiria todo e qualquer tipo de discriminação.

No segundo capítulo procede-se o estudo da defesa do consumidor como direito fundamental, analisando, especificamente, a tutela do consumidor. Indaga-se quem são os sujeitos considerados consumidor e fornecedor, as teorias sobre a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como os princípios contratuais da função social do contrato, da boa-fé e da justiça como caminhos perseguidos para proibir a discriminação.

Oportuno discorrer sobre as teorias relativas à eficácia e possibilidade de se impor ou não as normas que legitimam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificadamente decorrentes da tutela da dignidade da pessoa humana - como é a proibição de discriminação ou imposição de igualdade das partes - no âmbito do contrato de consumo, por proporcionarem o alcance do equilíbrio no contrato e da efetiva justiça contratual.

Por fim, o terceiro capítulo dedica-se à experiência da Comunidade Europeia quanto à igualdade de tratamento que, por intermédio de suas diretivas fixou normas e consolidou seu direito antidiscriminatório, passando à análise da inserção da proibição de discriminação no contexto do Direito brasileiro. Dedicase ainda nesse capítulo, aos instrumentos existentes no Código de Defesa do Consumidor de proteção à discriminação e à incidência do princípio da igualdade e a proibição de discriminação como um direito fundamental de defesa do consumidor nos contratos de consumo no sistema jurídico nacional. Neste ponto, imprescindível ponderar como os tribunais pátrios estão fundamentando os casos de discriminação nos contratos de consumo, constatando se os princípios constitucionais são invocados pelos juízes em suas decisões para que se possa não só manter o equilíbrio contratual, como também fazer valer a dignidade humana sob todos os aspectos.

Em que pese todo o arcabouço constitucional e legislativo, ainda assim, muitos são os casos em que uma das partes da relação contratual é preterida e discriminada em detrimento de seus direitos fundamentais.

A autonomia contratual, a dignidade humana, a não-discriminação e, conseqüentemente, a igualdade nas relações contratuais, tratam, indubitavelmente, de temas de grande relevância social, discutido com veemência entre aqueles que clamam por uma verdadeira justiça social. A importância do tema eleito é evidente e incontestável, visto que tal problemática é apresentada constantemente aos tribunais envolvendo os direitos fundamentais, possibilitando que os contratos deixem de ser tão só uma forma de obter lucros. Dessa forma, tratar da dignidade humana, igualdade, não-discriminação frente às relações contratuais de consumo é tratar da inserção da própria pessoa no Estado Democrático de Direito.

A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

1. AUTONOMIA PRIVADA E DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

A transformação da economia agrária em economia industrial e capitalista, bem como a criação de uma sociedade de consumo, desencadearam o incremento de técnicas de contratação em massa. Essa mutação trazida pela produção em série, a industrialização e massificação, revelaram-se como predominantes na atualidade, e a violação da dignidade humana apresenta-se como uma de suas possíveis consequências.

A autonomia privada, a autorregulamentação da pessoa, na grande maioria das situações, deve se pautar na promoção da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República, art. 1º da Constituição Federal.

Diante desta nova perspectiva, o Estado invade a esfera particular de forma a equilibrar, por meio da lei, a desigualdade que porventura exista entre as partes. Ainda, fornece ao juiz subsídios para alterar as disposições contidas no contrato quer em sua contratação ou em qualquer outro momento posterior.

Nessa senda, o contrato não pode ser visto como mero instrumento de ilimitada e exclusiva manifestação da vontade, pois, a função social do contrato traça limites para a autonomia da vontade. Nesse sentido, no âmbito contratual, a desigualdade entre os contraentes, que decorre de posições ou condições contratuais dominantes, deve ser abolida para que se resguarde e se observe a igualdade em sentido axiológico-jurídico-material.

Na atual sociedade de consumo ocorre, portanto, o declínio da liberdade contratual e a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação do contrato. A interpretação teleológica é adotada como forma de observância da expectativa legítima das partes, principalmente daquelas cuja liberdade resumiu-se em aceitar ou não aos termos pré-estabelecidos.

Para melhor entender esse movimento de transformação do paradigma da liberdade da vontade para a preocupação com a repercussão do contrato na sociedade, passa-se a análise mais detida dessa alteração.

1.1 A dicotomia entre o público e o privado: a quebra das fronteiras e a autonomia do indivíduo

Como ponto de partida para o redimensionamento do instituto do contrato e, conseqüentemente, o desenvolvimento da noção de autonomia privada, não pode passar despercebido o percurso que se fez até a intervenção estatal na esfera privada que ocasionou a releitura de todo o sistema jurídico. Para tanto, é essencial analisar a dicotomia público e privado, e indagar o porquê da ruptura que acabou por ensejar na intervenção do Poder Público na esfera privada, fato este que ensejou a constitucionalização do Direito Privado, é o que se passa a abordar nesse capítulo.

Tal distinção é atribuída, inicialmente, ao Direito Romano tendo como marco de seu ingresso na história o *Corpus Juris Civilis*.¹

No período medieval, houve uma verdadeira absorção do público pelo privado, decorrente do direito de propriedade dos senhores feudais, os quais possuíam um poder soberano sobre os habitantes de seus feudos, podendo impor regras, arrecadar tributos e até mesmo julgá-los.

Desse poder do senhor feudal advindo da propriedade é que derivava o poder político e o prestígio social, evidenciava-se, na verdade, “*a primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos*”.²

No entanto, foi no século XVIII que a diversidade entre a esfera econômica e a política e entre o Estado e a sociedade civil passa a se sublinhar, e a dicotomia entre o público e o privado retorna como forma de se distinguir a sociedade política (onde impera a desigualdade) e a econômica (reinado da igualdade).

Assevera Facchini Neto que é neste contexto histórico que se manifesta, de maneira mais intensa, a divisão entre Estado e Sociedade, Política e Economia,

¹ Segundo ressalta Facchini Neto duas foram as passagens que tratam do direito público e do direito privado: D.I.1.1.2 “São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da res Romana, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos sacra, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes” “(na tradução de Hécio Maciel França Madeira, Digesto de Justiniano, livro 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000, p.16/17”. Nota de rodapé 3. FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.39.

² FACCHINI NETO, Eugênio.Op.cit. p.41.

Direito e Moral, desencadeando no mundo jurídico a acentuada diferença entre Direito Público e Direito Privado.³ E é nesse panorama, que se vislumbra uma separação quase absoluta entre o direito que regularia os interesses gerais e as relações entre indivíduos e aquele que disciplina a estruturação e funcionamento do Estado.

A Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, simboliza uma ruptura na história e reconhece direitos aos cidadãos perante o Estado. Neste contexto, o Direito Privado passa a espelhar a ideologia burguesa, retratando necessidades da classe socioeconômica que tomou o poder, passando-se, por meio de códigos dotados de primazia material diante da Constituição – que, nesse passo, detém um lugar secundário - a regular integralmente a sociedade com base nas ideologias e anseios exclusivamente da burguesia.

Como esclarece Rosalice Fidalgo Pinheiro, apesar de uma democracia representativa apenas formal, “o Estado absolutista transmuta-se em Estado de Direito Liberal”,⁴ também denominado por Carl Schmitt de “Estado burguês de Direito”. Ao pautar-se no respeito a um corpo mínimo de direitos e garantias individuais, faz-se de “direito” e, ao resguardar como seus os valores e interesses da burguesia faz-se “liberal”.⁵ De modo a afastar o absolutismo estatal, a burguesia “vale-se do jusracionalismo e da ilustração para delimitar um espaço de liberdade a todo indivíduo”,⁶ cujo escopo era de protegê-lo do despotismo do Estado.

Com efeito, é possível evidenciar dois sustentáculos nas declarações e constituições da época: a separação dos poderes como uma expressão de limite interno ao poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Destes baluartes decorre a conclusão de que os direitos fundamentais são, em sua substância, limites ao poder do Estado.

O individualismo surge como valor a ser prestigiado e como forma de reagir ao período estamental preconizado na era medieval, onde o estamento social do qual o indivíduo fazia parte é que caracterizava o seu valor. O mercado e os

³ FACCHINI NETO, Eugênio. Op.cit. p.41.

⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.p 29.

⁵ Idem.p 29.

⁶ Ibidem.p.27.

interesses comerciais é que comandam as ações individuais, assim como as decisões políticas.⁷

Importa, neste contexto, ressaltar as palavras Rosalice Fidalgo Pinheiro que:

Na luta contra o antigo regime, a liberdade encontra significado na abolição dos vínculos corporativos e de Estado, que aprisionavam o indivíduo a um regime de incapacidades. Porém, a afirmação dessa liberdade, guardava, em suas entrelinhas, os contornos de um novo regime econômico fundamentado no *laissez-faire*.⁸

Assim, é na conjuntura do Estado Liberal, que o Direito Público passa a ser compreendido como um conjunto de disposições atinentes ao governo representativo, no tempo em que, o Direito Privado favorece a emancipação do indivíduo, no qual se tem como elemento central o *contrato*.

Nesse sentido, Laerte Marrone de Castro Sampaio leciona que:

A concepção clássica de contrato era centrada no princípio da autonomia da vontade. Entendia-se que as partes tinham o poder de estabelecer todo o conteúdo do contrato. A vontade individual, como fonte produtora de efeitos contratuais, era praticamente absoluta, encontrando obstáculo apenas na ordem pública e nos bons costumes. Esse modelo jurídico experimentou seu apogeu no século XIX. Sob influxo das idéias do liberalismo e do individualismo, a ciência jurídica oitocentista enxergava na vontade humana a fonte única de direito e obrigações na esfera contratual.⁹

Cabia ao Estado somente manter a pacificidade entre os cidadãos para que pudessem agir de maneira livre e de acordo com suas próprias regras, predominava, de maneira exacerbada, a autonomia da vontade dos particulares.

Logo, a Constituição representava uma garantia aos cidadãos da *não intervenção* do Poder Público e, no ordenamento jurídico do Estado de Direito Liberal assumia uma posição inferior ao Código Civil que era o eixo central.

Atribui-se ao Estado de Direito Liberal a conquista de codificar o Direito Privado e, como bem observa Júlio Cesar Finger,

o Direito Civil codificado, em sua construção conceitualista e formal dedutiva, pretensamente completa, cumpria com excelência as funções para as quais fora concebida. Normativamente, as conseqüências foram da ordem de promover uma divisão entre os interesses que são acolhidos e os

⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Op.cit. p.42.

⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.26.

⁹ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual** (cadernos de direito privado; v. 1 / Escola Paulista de Magistratura). - Barueri: Manole, 2004. p. 09 e 10.

que são mantidos fora do sistema jurídico. [...] Ao eleger e jurisdicizar determinadas categorias, conceituando-as e disciplinando as relações conseqüentes, o sistema codificado permite somente a entrada das situações reais a elas correspondentes, permanecendo as que não sofrem a incidência das normas no campo do não jurídico, do que não interessa para o Direito Civil. Assim, por exemplo, a quem o sistema não concede capacidade civil não é possível contratar. Do mesmo modo, os filhos dos pais que não podem contrair matrimônio, ao não poderem ser reconhecidos, não são filhos, pelo que permanecem no limbo não-jurídico.¹⁰

Assim, no marco do Estado de Direito impera o princípio da legalidade, em que todos os poderes do Estado derivam da lei, a qual representava a garantia dos direitos individuais e da igualdade jurídica por submissão dos cidadãos ao mesmo estatuto, bem como a previsibilidade do agir estatal.

Contudo, essa segurança representada pela era das codificações e constituições liberais que caracterizaram a supremacia do Direito Privado sobre o Direito Público, acabou por sucumbir com as mudanças sociais que advieram do constitucionalismo social e do aumento do intervencionismo estatal culminando no Estado Capitalista Intervencionista (*Welfare State*).

Com efeito, houve a retomada dos flancos deixados ao alvedrio dos indivíduos durante o Estado Liberal e, de forma cogente, o Estado passou a disciplinar as relações político-econômicas e “foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total”.¹¹

Com o advento do Estado Social, fruto da composição entre o liberalismo e o socialismo, tem-se um movimento em prol de direitos e, conseqüentemente, um avanço do princípio democrático.

O Estado passa a ocupar uma posição proeminente na sociedade, a de interventor e mediador das relações jurídicas interindividuais e, a atividade legislativa é vista como alternativa de viabilizar a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo o fenômeno do *dirigismo contratual*.

A passagem de Estado de Direito Liberal para Estado Social de Direito está fundamentada na restrição da influência que anteriormente era exercida pela

¹⁰ FINGER, Julio Cesar. **Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada : construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88-89.

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Op.cit. p.45.

burguesia e, conseqüentemente, do agravamento da noção de autonomia privada e a inexistente intervenção estatal nas relações jurídicas entre particulares.

Com isso, a *democracia* é vinculada ao ideal de igualdade¹² e o homem deixa de ser visto como mero destinatário de normas gerais e abstratas e delineia-se a alteração das relações entre a sociedade e o Estado saindo de cena o individualismo para a entrada do solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado perante o indivíduo.

O Estado Social de Direito impõe a observância da lei na formação dos contratos, com vistas a garantir o equilíbrio das partes, consagrando no constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada.

Por conseguinte, a distância entre o público e o privado a cada dia torna-se mais complexa não mais traduzindo a realidade econômico-social, nem correspondendo à lógica do sistema. Defende Pietro Perlingieri que:

Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteiras entre Direito Público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária [...].¹³

Nesse sentido, a dicotomia público-privado, até então defendida pelo Estado de Direito Liberal, é rompida, sinalizando uma movimentação no sentido de descodificar o Direito Privado.

Ao longo do século XX, a produção em massa e a concentração de capital¹⁴ exigiram que o *contrato* e a *autonomia privada* fossem reestruturados, e a função social e o equilíbrio contratual passam a integrar esta nova visão.

Laerte Marrone de Castro Sampaio aclara que o “sistema de produção e de distribuição em grande quantidade fez que o comércio jurídico se despersonalizasse”.¹⁵

¹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.35.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco.2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.53.

¹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.35.

Relata ainda adiante, que o

Estado deixa de ser agente somente garantidor das regras do jogo, para atuar ativamente nos domínios econômico e social, como escopo de garantir direitos básicos do cidadão (chamados direitos de segunda geração). Edita leis visando a proteção dos economicamente mais fracos, cujas disposições não podem ser afastadas pelas partes contraentes”.¹⁶

Essa nova percepção de contrato só pode ser vista a partir da compreensão de que se tem uma nova espécie de sociedade, uma sociedade de consumo, industrializada, com acesso a informação, sendo que os anseios sociais devem, de maneira imediata, usufruir de proteção do Estado.

Nesta direção, tem-se, por intermédio das leis especiais, uma expansão da atividade normativa do Estado e *“rompe-se a face monolítica da codificação, expressa no estatuto dos cidadãos”*,¹⁷ a qual deixa o centro da regulamentação da vida privada, passando-se de monossistema a plurissistema.

Contudo, esta mudança de modelo – de liberal para social – fez com que o Estado tivesse um crescimento excessivo, inclusive no que tange às suas atribuições, o que acabou por culminar em sua crise, pois, além do fato de suas políticas públicas não se revelarem como a vontade da sociedade em si, mas sim, de um grupo minoritário que se revezava no poder, o que colocava em risco o princípio democrático, também a insuficiência das políticas públicas desenvolvidas colocava em xeque os direitos fundamentais e sociais.¹⁸

José Carlos Vieira de Andrade ensina que:

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao Direito Privado ou ao Direito Público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.¹⁹

¹⁵ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual** (cadernos de direito privado; v. 1 / Escola Paulista de Magistratura). - Barueri: Manole, 2004. p. 18-19.

¹⁶ Op. cit. 07. p. 20-21.

¹⁷ De acordo com Rosalice Fidalgo Pinheiro. Op.cit.p.53.

¹⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo.Ibidem.p.37.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998.p.272.

Como forma de superar a crise dirige-se para um novo paradigma, centrado na ideia de participação ativa, de cidadania, o Estado Democrático de Direito, deslocando para o Judiciário - o que até então cabia ao Executivo - o poder de “*Avaliar as medidas de bem-estar social propostas pelos governantes*”,²⁰ o qual se apresenta como uma ponte entre a democracia e a realização dos direitos fundamentais.

Dessa feita, as esferas do público e do privado tratadas anteriormente como estanques e opostas, no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que possui entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, são consideradas complementares.

O Direito Privado antes considerado como um sistema fechado²¹ é recepcionado por textos constitucionais que acolhem seus princípios e institutos como a família, a propriedade e o contrato ou, como prefere Luiz Edson Fachin, o projeto parental, o regime das titularidades e o trânsito jurídico.²²

Destaca-se, assim, a constitucionalização do Direito Privado, segundo a qual toda norma encontrada na Constituição tem efeito imediato sobre as leis infraconstitucionais. Consequente, bem observa Rosalice Fidalgo Pinheiro que não se está diante de “*mera transposição de princípios do texto codificado para o texto constitucional, mas de uma mudança de cenário legislativo que traz consigo um significado axiológico*”.²³

O valor da autonomia privada é relativizado e o sujeito abstrato, das codificações oitocentistas, perde lugar para o sujeito visto em sua concretude, percebido em suas especificidades, o qual deve receber tratamento jurídico apropriado a compensar as desigualdades advindas do desequilíbrio econômico, onde impera uma regulamentação jurídica particularizada aos contratos. Destarte, o ser patrimonializado perde forças para o ser personalizado, buscando, acima de

²⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.38.

²¹ Nas palavras de Gustavo Tepedino “a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, autossuficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito”. TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio Janeiro: Renovar, 2000.p.01-02.

²² FACCHINI NETO, Eugênio. Op.cit. p.51.

²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo.Op.Cit.p.54.

qualquer coisa, alcançar o máximo significado e realização da dignidade da pessoa humana.

1.2 A autonomia privada e os direitos fundamentais

Diante da evidência de que na doutrina e na jurisprudência o uso das expressões: “autonomia da vontade”, “liberdade jurídica” e “autonomia privada”, muitas vezes são tidas como sinônimas, cumpre registrar que se trata de conceitos distintos e muitas são as definições que podem ser encontradas. Dessa constatação, tem-se que se faz necessário, sem a pretensão de encontrar um conceito definitivo, esclarecer a diferença existente entre eles, pois o âmbito de apreciação da autonomia privada, como aspecto preponderante do tema objeto deste estudo, depende do delineamento quanto ao seu conceito e sua aplicabilidade.

É de se ressaltar, inicialmente, que todo o alicerce clássico do direito contratual é concebido na vontade das partes, sendo que, nessa visão, é a vontade que legitima o contrato e representa fonte de obrigações, podendo-se afirmar que a liberdade antecede esta vontade que cria a relação jurídica, como sendo uma exigência.²⁴

A autonomia da vontade surge no Estado de Direito Liberal como um dogma. Eis que, apogeu ideológico do Estado de Direito Liberal, a autonomia da vontade é definida como o poder reconhecido às partes de estabelecer o regramento de suas relações jurídicas em busca da satisfação de seus interesses. Os efeitos advindos do contrato, como instrumento de circulação de riquezas, surgiam da força jurígena da vontade.²⁵

Essa visão voluntarista deste dogma da autonomia da vontade tem como pressuposto o fato de que o indivíduo é livre na sociedade, sendo que sua vinculação a alguma obrigação ou restrição a algum direito só poderá ocorrer se ele assim se obrigar ou, de maneira excepcional, a ordem jurídica assinalar.²⁶ Deste

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.67.

²⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.15.

²⁶ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.203.

modo, o Estado não interferiria nas relações do indivíduo e a igualdade formal é fundamento dessa vontade, desprezando as desigualdades sociais e econômicas.²⁷ Nesta direção, consagrou-se a obrigatoriedade do contrato, afirmando-se *pacta sunt servanda*.²⁸

De tal modo, intrinsecamente ligada à autonomia da vontade está, então, a liberdade,²⁹ a qual é reconhecida pelos cidadãos como sendo a possibilidade de agir de acordo com a lei. Há liberdade sempre que a lei não proíbe.³⁰

A autonomia da vontade, além de ser considerada a causa primeira das relações jurídicas, ainda possui como função garantir que a vontade dirigida do indivíduo prevaleça como elemento nuclear e legitimação da relação jurídica, sendo que a lei serviria como um limite e garantia de que o que foi estipulado entre as partes, seria cumprido.³¹ Não obstante, importa destacar que nem sempre a manifestação da vontade correspondeu à vontade interna do agente, não sendo

²⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.87.

²⁸ Destaca-se que: “Nas palavras emblemáticas de Ripert, ‘O contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser’. A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da **lex inter partes**, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz”. MATTIETO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. Problemas de Direito Civil Constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.175.

²⁹ Sobre a liberdade, interessante destacar as palavras de Kant: “O conceito de liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade. A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela possa ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 79 *apud* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.p.113-114.

³⁰ Segundo Denis Franco SILVA: “Dentro do espírito voluntarista e individualista liberal, contudo, a ideia de autonomia assumiu contornos bem diferentes. Embora mantida a identidade entre liberdade e autonomia, o conceito de liberdade assume uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não intervenção”.(O **Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.139).

³¹ A ideia de Kant de que a legitimidade da lei e do contrato encontra fundamento no fato do homem impor normas a si mesmo, alicerçou toda a teoria da autonomia liberal: “Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deveriam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípios, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por certo preço ou em certas condições”. ROPPO, Enzo.Op.cit..p.32.

possível a todo tempo proteger aquilo que realmente era o desejo do indivíduo, da forma como idealizada.

O princípio da autonomia da vontade impõe, ainda que de maneira abstrata, a existência da liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o conteúdo do contrato e o sujeito com quem irá firmar o negócio jurídico. Essa exigência é o conhecido *dogma da liberdade contratual* e figura como único limite à liberdade as regras imperativas descritas pela lei, as quais eram raras e quando existentes sua função era de garantir proteção à vontade dos indivíduos.³²

A circulação de riquezas foi ampliada e, com o advento do direito abstrato, o contrato figurou como instrumento de garantia da liberdade e igualdade jurídica das partes, pois representavam a própria vontade dos contratantes. Igualdade, mais no sentido formal, pois não se admitia a intervenção de características pessoais das partes e a liberdade no sentido de poder estipular e regulamentar os interesses da maneira que entendiam melhor. A justiça, nos termos da doutrina voluntarista, era garantida de maneira automática diante da vontade livre das partes e do conteúdo do contrato representar o querer de ambos em uma posição de igualdade jurídica.³³

Nesse compasso, a liberdade jurídica individual foi determinante para o Direito Privado no que tange ao princípio da autonomia da vontade, pois essa ideia de que não se pode fazer apenas aquilo que é proibido, representou a maior expressão da liberdade na esfera privada e, conseqüentemente, desencadeou a proibição de intromissão externa, tanto quanto ao conteúdo como também quanto aos efeitos dessa liberdade.³⁴

³² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...** .p.66 e 67.

³³ ROPPO, Enzo. Op.cit.p.35.

³⁴ Destaca Claudia Lima MARQUES que “Para alguns novos autores alemães, os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual deveriam ter o mesmo nível e importância na caracterização da teoria tradicional do contrato. Evitando teorizar sobre se o dogma da liberdade contratual teria sua origem na doutrina da autonomia da vontade ou não, preferem eles uma análise funcional da teoria contratual, destacando que o contrato é, para o liberalismo econômico do século XIX, um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas. Para estes autores, a ideia de liberdade contratual preencheu três importantes funções à época do liberalismo, momento de maturação da concepção tradicional de contrato. De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando, assim, de maneira *optimal*, as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a livre concorrência. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurada a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*.[...]a terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada função “*protetora*”. Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.67.

Surge um novo desenho de relação entre Estado e sociedade definido pela intervenção estatal nas relações interprivadas, com isso, depõem-se as barreiras que separavam o público do privado.

Nesse contexto, com a transmutação do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito, a vontade perde um pouco a importância para a proteção do vulnerável e dos direitos da personalidade nos contratos de massa, passando o Estado a intervir no contrato, pois, “*Se as pessoas celebram contratos, não é simplesmente porque desejam, mas porque são movidas por necessidades, ainda que falsas, fantasiosas*”.³⁵

Com efeito, a vontade psicológica do indivíduo deixa de receber proteção de maneira absoluta diante das incongruências verificadas, por exemplo, entre a manifestação da vontade e a vontade interior, como é o caso da reserva mental.

Em face desse panorama, a necessidade de se repensar a autonomia da vontade se fez imperativa,³⁶ assim como a intervenção do Estado para proteção de todos e não apenas dos detentores de poder.

É desse intervencionismo estatal que ocorre a crise do contrato, um momento de reflexão teórica, uma revisão de conceitos que harmonizasse os dogmas do liberalismo clássico com a nova realidade dos contratos em massa, sem perder o contrato, contudo, seu império. Decorre desse fato uma minimização do princípio do *pacta sunt servanda*.

Importante salientar as palavras de Paulo Luiz Neto Lôbo:

O Estado social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As

³⁵ FIUZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte:Del Rey, 2002.p.101.

³⁶ De acordo com Carlos Ferreira de Almeida “a autonomia da vontade significa a possibilidade duma tripla escolha na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos Consumidores**. Livraria Almedina Coimbra, 1982, p.13 *apud* LOTUFO, Renan. **Cadernos de autonomia privada**. Renan Lotufo (coord). Curitiba: Juruá, 2001. p.19.

Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.³⁷

Assim, a vontade individual, apesar de sofrer transformação em seu caráter subjetivo, permanece presente na autonomia privada que veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade.

Com a intervenção do Estado no domínio econômico-privado – sobretudo pelo dirigismo contratual – do mesmo modo, com a constitucionalização dos princípios norteadores do contrato e o reconhecimento de direitos fundamentais à pessoa, caracteriza-se o contrato como um representante do livre desenvolvimento da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Privado. Eis que os princípios emergem de maneira mais intensa com o escopo de realização dos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade.

Conseqüentemente, o advento da intervenção do Estado nas relações interprivadas, desencadeou uma verdadeira “crise da autonomia privada” de maneira a se identificar que o subjetivismo nas relações contratuais cede espaço à tutela objetiva da confiança, ou seja, verifica-se a transmutação da subjetividade para a objetividade da autonomia privada³⁸ e a preocupação com a igualdade material se afigura como eixo central das relações jurídicas. Nesse ponto, a desigualdade foi reconhecida a fim de que o tratamento diferenciado entre desiguais possa desencadear a igualdade de maneira substancial.

Atendendo a moderna orientação para a autonomia da vontade, é a vontade em seu aspecto subjetivo, psicológico, que tem relevância, em contrapartida, a autonomia privada dá ênfase à vontade objetiva, que decorre da declaração ou manifestação da vontade, como fonte de efeitos jurídicos.³⁹

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

³⁸ Em vários dispositivos do Código Civil de 2002 é possível verificar essa mudança, dentre eles, nos art. 112 e 113 os quais dispõem que: Art. 112 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³⁹ É bem de ver que Enzo Roppo defende que a autonomia privada não pode ser vista como sinônimo de autonomia da vontade individual, mas “como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de se actuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o dogma da vontade”. ROPPO, Enzo. Op.cit.310 e 311.

Como expõe Luiz Edson Fachin:

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa.⁴⁰

Dessa forma, constata-se que o princípio da autonomia da vontade é diferente do princípio da autonomia privada, sendo que este último possui uma acepção mais objetiva em contraposição à subjetiva, ao voluntarismo contido no primeiro.⁴¹

A autonomia privada, na verdade, é um poder jurídico que as partes envolvidas possuem de regulamentar, de acordo com sua própria vontade, a relação jurídica da qual fazem parte. Isso significa dizer que a autonomia privada deriva da liberdade que as partes têm de celebrar e determinar o conteúdo de seus negócios jurídicos, sendo que, os “particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições legisladores sobre os seus próprios interesses”.⁴² Alerta Pietro Perlingieri que a autonomia privada é compreendida de acordo com o ordenamento jurídico e a experiência histórica que é estudada.⁴³

Wilson Steinmetz destaca que a autonomia privada é o “poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)”,⁴⁴ reconhecendo-se eficácia jurídica a uma esfera privada de atuação.⁴⁵

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2000.p.199-200.

⁴¹ Judith Martins-Costa assevera que “a expressão autonomia da vontade não deve ser confundida com o conceito de autonomia privada”, pois, autonomia da vontade “designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado (XIX) por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico”, sendo que essa construção ideológica advém de uma distorção dos conceitos kantianos. “Modernamente, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como “autonomia privada” (dita, no campo dos negócios, autonomia negocial), seria um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam [...]”. apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski.Op.cit.p.123.

⁴² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.335.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro.Op.cit.p.17.

⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.p.127.

⁴⁵ Menciona Giovanni Ettore Nanni que “Sem qualquer dúvida, o princípio da autonomia da vontade é um princípio existente no direito civil, mas que perdeu espaço atualmente para a autonomia privada

Carlos Alberto da Motta Pinto leciona que:

A autonomia privada é um princípio fundamental do direito civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é a zona reservada do Direito Privado.⁴⁶

Em estudo aos conceitos de autonomia privada constata-se a existência da liberdade em seu aspecto formal. É uma liberdade assegurada a todos para o exercício de um negócio, “*delimitada por um espaço de coerção, a definir o que é proibido*”. Daí o sentido de “zona reservada”⁴⁷ contido no excerto acima.

Nessa linha, Luiz Edson Fachin defende que “A lei somente chancela o negócio jurídico que não ultrapasse a moldura da juridicidade”.⁴⁸

O negócio jurídico é em si um instrumento de realização da autonomia privada, pois, é por meio dele que se produzem os efeitos jurídicos de aquisição, modificação, conservação e extinção de relações jurídicas e é nesse compasso que surge a denominação: autonomia negocial.⁴⁹

Por seu turno, evidencia-se que Ana Prata distingue a autonomia privada da liberdade de ação humana, afirmando que a primeira não representa toda a liberdade, e sim apenas um aspecto da segunda, que seria a liberdade negocial.⁵⁰

Assevera Ana Prata a autonomia privada ou liberdade negocial é “(...) o poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos

que possui uma concepção muito mais elaborada, com esteio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais”. NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional**. In: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 2. Curitiba: Juruá, 2001. p. 155-225.

⁴⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.103 *apud* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op.cit.p.127.

⁴⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Idem.p.127.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas**. Curitiba: Educa e Scientia et labor, 1988.p.56.

⁴⁹ Adverte Ana PRATA que “numa perspectiva ampla, poderá entender-se que a noção de autonomia privada se desdobra nestes mesmos dois aspectos essenciais: direito subjectivo e liberdade negocial. Comumente, no entanto, se faz coincidir o conceito de autonomia privada com o segundo aspecto referido, isto é, se toma como sinónimos autonomia privada e liberdade negocial, reconduzindo assim a autonomia privada ao seu sentido mais literal de poder criar normas negociais. PRATA, Ana..p.15-16.

⁵⁰ PRATA, Ana.Op.cit.p.13

efeitos”.⁵¹ Assim, a característica diferenciadora do negócio jurídico é o poder jurídico da vontade livre.

Diante disso, a autonomia privada deixa de estar unicamente atrelada à força obrigatória dos contratos para desempenhar o papel de fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito concernente aos contratos.

Conclui-se assim que, para a doutrina da “autonomia da vontade”, é a vontade fonte de obrigações em seu sentido mais amplo, ou seja, sem qualquer restrição. Em contrapartida, a concepção da “autonomia privada” traz uma nova visão para a autonomia da vontade, sendo que o ordenamento jurídico passa a limitar a vontade, devendo os contraentes a observância da função social do contrato e da lei.

Dentre as várias acepções que a autonomia privada possui, importa para este trabalho, o prisma técnico, ou seja, no que tange à produção de efeitos jurídicos, onde a autonomia privada funciona como um poder jurídico de criar, modificar e extinguir situações jurídicas.⁵²

Com efeito, é de se mencionar que tanto a análise da história como do conceito de autonomia privada estão interligados aos de sujeito jurídico e propriedade, pois, é por intermédio da capacidade e da personalidade jurídica que se permite a utilização da propriedade e a troca de bens de maneira privada e autônoma.⁵³

É justamente nesse prisma que a mudança de paradigma, a chamada *constitucionalização* do Direito Privado, ganha relevo neste trabalho, - representada pelo ingresso da aplicação do texto constitucional, especificamente dos princípios, no Direito Privado - pois, esse fenômeno ocorreu precisamente para a defesa dos princípios consubstanciados nos direitos fundamentais - e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas, nas quais se inserem as relações tipicamente de natureza civil entre os particulares.⁵⁴

Como bem averba Maria Celina Bodin de Moraes:

⁵¹ PRATA, Ana. Op.cit.p.11.

⁵² AMARAL, Francisco.Op.cit.p.348.

⁵³ PRATA, Op.cit.p.07-08.

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.p.67.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da vida social, da família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.⁵⁵

É cristalina a interferência da Constituição Federal de 1988 no âmbito do Direito Privado, especificamente no que tange aos contratos, o que desencadeou o que foi denominado de 'crise contratual' que põe em cena a mitigação dos princípios contratuais tradicionais.

Nesse pensar, é perceptível a existência de direitos fundamentais em toda ordem jurídica privada como fundamentos a serem contrastados. Tais direitos apresentam-se em três níveis iniciais de proteção: o da tutela da dignidade humana, da tutela da isonomia e o da tutela da liberdade.⁵⁶

Em qualquer ângulo que se olhe, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são imprescindíveis para a materialização da dignidade humana seja quanto ao respeito à igualdade, integridade, solidariedade e liberdade do indivíduo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a linha mestra do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas,⁵⁷ e, não obstante a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em diversos âmbitos de aplicação, como no caso de direito de família, por exemplo, é nos contratos que surgem as maiores controvérsias, pois, neste caso, os contratantes detêm os mesmos direitos fundamentais a serem respeitados.

Ingo Sarlet, de maneira multidimensional, refere que por dignidade da pessoa humana tem-se

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

⁵⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **A obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.42.

⁵⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo.Op.cit.p.55.

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁵⁸

A autonomia privada, em sentido amplo, em se tratando de uma manifestação de liberdade, pode-se afirmar que é meio de realização da dignidade da pessoa humana nas situações existenciais e patrimoniais. Desta feita, entra em cena a chamada função social do contrato,⁵⁹ representada pela preocupação com as consequências do contrato e com as partes envolvidas como forma de atenuar os paradigmas da liberdade de contratar e da autonomia privada, que deixam de exercer o papel definitivo para a vinculação das partes.

A liberdade encontra respaldo constitucional seja como valor fundante do Estado Democrático de Direito insculpido no preâmbulo da Carta Magna,⁶⁰ seja como direito fundamental contido no art. 5º, da Constituição Federal: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”*; e, ainda, no mesmo art. 5º, em seu inciso II, reconhecido como positivamente do princípio da legalidade,⁶¹ que prevê que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.⁶²

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p.63.

⁵⁹ O Código Civil Brasileiro dispõe, de maneira expressa, a “funcionalização” social do contrato no art. 421, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁶⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (sem destaque no original)

⁶¹ Assim, tem-se que a liberdade e a legalidade estão interligadas, onde toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico corresponde à liberdade jurídica.

⁶² Para Luís Roberto Barroso: “Esta a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não”. BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e Efetividade do Direito**

Considerando as disposições constitucionais supramencionadas tem-se que a liberdade anda ao lado da dignidade da pessoa humana que é seu pressuposto, aquela como expressão desta, do que decorre que a vontade não basta por si só em uma relação jurídica, pois a liberdade é meramente um dos meios de se alcançar a dignidade humana.

Nesta direção, a autonomia privada mostra-se condicionada à dignidade humana, uma consequência do princípio do respeito à pessoa que se identifica com o “*autorregramento dos interesses privados em face da tutela do indivíduo e sua liberdade*”.⁶³

Adverte Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que autonomia privada “*não se trata de conceito superado, mas não se pode supô-lo como sinônimo de liberdade nas relações interprivadas*”.⁶⁴ Menciona o autor que há um lugar privilegiado de exercício da liberdade como autonomia privada que é a propriedade, a qual é exercida, principalmente, por intermédio do contrato.⁶⁵

Especificamente no âmbito das relações contratuais, o exercício da liberdade pode despontar de duas maneiras: (a.1) no direito de contratação (o exercício da liberdade contratual positiva), o contraente admite restringir ou renunciar um ou mais direitos fundamentais que lhe são inerentes e (a.2) no direito de não-contratação (exercício da liberdade negativa) onde o particular viola direito fundamental de um ou mais particulares.⁶⁶

Todavia, é de se destacar que, nas linhas e entrelinhas da nova dogmática civil-constitucional, não há que se falar atualmente em vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio jurídico, mas sim a vontade visualizada de maneira externa e objetiva, diante do ordenamento jurídico, que observa a autonomia privada.⁶⁷ Em verdade, “O dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção”.⁶⁸

à Liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.85.

⁶³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo.Op.cit.p.90.

⁶⁴ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk esclarece que a autonomia privada é “expressão relevante e estruturalmente complexa da liberdade do Direito Civil, mas que, sem embargo disso, não pode ter a pretensão de esgotá-la. Ou seja: não se trata de conceito superado, mas não se pode supô-lo como sinônimo de liberdade nas relações interprivadas”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op.cit.p.130.

⁶⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski.Ibidem.p.131.

⁶⁶ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.188.

⁶⁷ Nas palavras do doutrinador argentino Iturraspe: “La autonomía de la voluntad, el imperio del hombre sobre sus decisiones, la libertad de decir y hacer, sin restricciones ni controles exteriores (heteronomía de la voluntad), es la base o fundamento invocado para esa imperatividad del contrato.

Não obstante, é preciso enfatizar ainda, que a liberdade permanece na seara contratual, mais precisamente,⁶⁹ no que tange à escolha entre concretizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade para definir o conteúdo da obrigação assumida sofre severas limitações pelo intervencionismo da lei nos contratos⁷⁰ e pelas novas técnicas de contratação.

A nova concepção do contrato passa a verificar se as restrições quando provêm do poder estatal são legítimas e respeitaram os direitos constitucionais e, em contrapartida, quando procedem dos particulares se a imposição do conteúdo do contrato foi abusiva ou se houve observância dos postulados da boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da equidade contratual.⁷¹

Portanto, verifica-se uma maior preocupação com as relações estabelecidas entre os particulares depois da conscientização da necessidade do dever de respeito à dignidade da pessoa, e, nessa perspectiva, todas as normas destinadas a regulamentar as relações privadas passam a exprimir o conteúdo axiológico contido no texto constitucional. É a lei que ganha o papel dominante nos contratos, o espaço da autonomia da vontade é cada vez mais restrito. É a lei que determina o espaço da auto-regulamentação dos interesses privados.

Consubstanciado no entendimento de que ocorre de maneira efetiva a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas – assunto a ser tratando de maneira pormenorizada no próximo capítulo - tem-se que

Dicha autonomía tiene un eco o resonancia muy variable: mientras la visión liberal-individualista la exalta como eje y centro del negocio jurídico, partiendo de considerar que se encuentra fuertemente apoyada en normas constitucionales, la mirada social o humanitaria le objeta que siendo el contrato un negocio entre dos, es preciso para consagrar su respeto absoluto que ambas partes sean autónomas. No basta a autonomía de uno frente a la sumisión o dependencia del otro. La parte libre y fuerte impondrá al débil o necesitado “su ley”, el conjunto de sus pretensiones, las cláusulas que satisfagan su interés y la contraria sólo podrá aceptarlas o rechazarlas, sin “decir lo suyo”, expresar su interés o su conveniencia.

De ahí que, em lós tiempos actuales, se considere que el reinado de la autonomía de la voluntad está condicionado a una contratación entre personas, físicas o jurídicas, iguales, de similar poder de negociación.” ITURRASPE, Jorge Mosset. **La Revisión del Contrato**. 1ª.ed.Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.p.13-14.

⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...**p.268.

⁶⁹ A liberdade quanto à escolha de com quem contratar nem sempre é possível diante da existência de oligopólios e monopólios de alguns bens e serviços e a necessidade por parte do indivíduo de usufruir destes para uma vida digna.

⁷⁰ Claudia Lima Marques indica como exemplo a renovação compulsória de locações para os atuais locatários ou quando da fixação obrigatória de preços. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...** p.269.

⁷¹ De acordo com Claudia Lima Marques *in* Claudia Lima Marques indica como exemplo a renovação compulsória de locações para os atuais locatários ou quando da fixação obrigatória de preços. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.269.

o particular pode invocar o respeito às normas de direitos fundamentais frente a outro particular, isto é a aplicação *in concreto* do princípio da igualdade. Igualdade, agora, em seu prisma substancial e não formal, “*conduzindo ao reequilíbrio das desigualdades fáticas e convertendo as exceções em novas regras que transformam o princípio*”.⁷²

O direito à igualdade como direito fundamental que é, deve ser assegurado também no âmbito contratual, onde o seu desrespeito pode ensejar até mesmo ofensa aos direitos da personalidade.

Os ideais de liberdade e igualdade tomaram corpo nas codificações do século XIX início do século XX – exemplo disso foi o Código Civil Brasileiro de 1916. No entanto, não demorou para que a ausência/insuficiência de meios de tutela dos direitos se fizesse evidente, o que instigou o poder público – legislador e tribunais – a criarem meios de proteger a parte mais oprimida, mais fraca, a qual, mesmo declaradamente livre, autônoma e capaz juridicamente, detentora de “iguais” direitos estava subordinada, por razões socioeconômicas, a outra. Destarte, em todos os ramos do direito⁷³ e de maneiras diversas a busca pela redução das desigualdades foi o alvo.

Assim, faz-se importante destacar que o dever de respeito aos direitos fundamentais, especificamente à igualdade, que é o tema relevante neste trabalho e que será abordado de maneira mais detida em momento oportuno, não é dirigido apenas para o legislador e aos entes públicos a quem cabe a aplicação da lei, mas sim, deve prevalecer também nas relações entre particulares, cabendo ao Estado, neste ponto, fazer cumprir essa determinação legal, pois, “*os critérios informadores da elaboração da lei ou da sua aplicação não podem ser dissociados dos objetivos da sua assunção, que são justamente a eliminação da licitude e da possibilidade de discriminações no domínio jurídico*”.⁷⁴

Na atual realidade contratual a intervenção estatal nas relações privadas tem como pressuposto e justificativa o fato de que a liberdade negocial é apenas formal e a igualdade entre as partes contraentes é uma mera presunção, o que fere os direitos fundamentais em sua essência.

⁷² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.90.

⁷³ É exemplo a seara trabalhista.

⁷⁴ PRATA, Ana. Op.cit.p.103.

A proibição de discriminação e a garantia de isonomia de todos solidificou-se com a proteção especial das pessoas, seja pela situação existencial, seja pela patrimonial, tidas por “desiguais”.⁷⁵

1.3 As situações de discriminação e sua relevância no direito brasileiro

Na perspectiva constitucional, o art. 5º, *caput*, enuncia a igualdade formal: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*”, essa é a chamada “cláusula geral de igualdade”.⁷⁶

Reconhecendo as especificidades, preocupou-se ainda o legislador em assegurar aos trabalhadores um rol mínimo de direitos (art. 7º, CF), proteger o consumidor (art. 5º, XXXII, CF), a criança e o adolescente (art. 227, *caput*, CF).

Ainda, é possível verificar que a preocupação com a igualdade permeia todo o texto constitucional, sem desprezo da relevância dos demais dispositivos, merece destaque a previsão da educação e da saúde como direito de todos – art. 205 e 196, CF – e o art. 170, que trata da defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Com efeito, verifica-se que o legislador constituinte estipula a observância não só da igualdade formal, mas, e inclusive, a igualdade substancial. Exemplo disso também é que somente com o advento da Constituição da República é que se equipararam os filhos havidos ou não do casamento e a igualdade material ganhou subsídios para sua efetivação.

Nessa direção, o sistema constitucional ao promover a isonomia no contexto da diferença, está em busca da igualdade em seu aspecto material.

Ao prever cláusulas gerais de proteção da pessoa, o constituinte pretendeu que as relações privadas também fossem tuteladas e que a autonomia privada não fosse vista como um limite externo e, sim, integrasse a sua função como um poder

⁷⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **Reflexões sobre autonomia negocial**. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.418.

⁷⁶ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.234.

promocional de valores,⁷⁷ adotando a não-discriminação como expressiva manifestação do princípio da igualdade.⁷⁸

O princípio da igualdade – norma de direito fundamental – concede aos indivíduos o direito ao tratamento isonômico. Todavia, nem sempre o princípio da isonomia ordena o tratamento igual e proíbe o tratamento desigual. Neste sentir, *in concreto*, tanto o juízo de igualdade como de desigualdade necessariamente decorrem da comparação entre pessoas, coisas ou situações, e com a finalidade ou objetivo que se deseja obter ou gerar com esses tratamentos.

No sentido comum, “discriminação” designa um ato de tratamento injustificadamente diferenciado.⁷⁹ No sentido jurídico, “discriminação” importa o elemento de uma política, que considera, entre os tratamentos injustificadamente diferenciados, apenas aqueles que possuem repercussão social.⁸⁰

A verdade, no entanto, é que no texto constitucional evidencia-se a eficácia do princípio da igualdade em duas dimensões: a negativa que se reporta à proibição de discriminação, e a positiva, que estabelece um mandado de tratamento igual aos pares ou diferenciado àqueles desiguais.

Ao se proibir a discriminação a Constituição intencionou impedir a marginalização de pessoas ou grupos, a formação e sedimentação do que chama Wilson Steinmetz de “subclasses sociais” ou “subcategorias sociais”⁸¹ e opera eficácia imediata nas relações entre particulares.

No direito pátrio, a mescla entre direitos fundamentais e relações privadas acaba por contemplar muitos casos em que se pode evidenciar a discriminação entre particulares.

⁷⁷ Como exemplo da independência da autonomia privada pode-se citar os arts. 421 e 187 do Código Civil.

⁷⁸ Não obstante, a enunciação de igualdade de todos perante a lei e a proibição de tratamento discriminatório destaca-se que não se tratam de normas absolutas, pois não se tem igualdade fática absoluta e nem mesmo desigualdade fática absoluta, pois existem casos de igualdade ou desigualdade parciais.

⁷⁹ Indubitavelmente, a noção de “discriminação”, por si só, traz uma carga negativa, assim necessário se faz constar que, de maneira expressa, há casos em que é permitido ou até mesmo necessária, o adjetivo “permitida”. Há situações em que a discriminação é permitida, ou chamada lícita, e outras que não o é.

⁸⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: SARLET. Ingo Wolfgang org. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Editora Almedina, 2007.p.393.

⁸¹ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.245.

Importa para esse trabalho especificamente os contratos relativos a consumo, onde os sujeitos envolvidos, especificamente, são: o consumidor e o fornecedor. Neste caso, o consumidor, como se tratará mais adiante, está sempre em uma situação de sujeição frente àqueles que dominam a produção e a distribuição de bens e serviços que é o fornecedor.

Consigna-se que não é novidade no direito brasileiro a busca pelo equilíbrio nas relações sociais. Destarte, em busca da tutela do consumidor, essa discriminação positiva feita com o advento do Código de Defesa do Consumidor, é comparável com o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador na legislação trabalhista.

Assim, reconhecidamente frágil na relação de consumo, o legislador indicou como fator *discrímen* fundante da proteção privilegiada que o Estado outorga ao consumidor: a vulnerabilidade que lhe é inerente. Nesse sentido, o consumidor recebe um tratamento diferenciado nas relações jurídicas estabelecidas com o fornecedor, para que se densifique a igualdade como paradigma de tratamento dos sujeitos da relação de consumo.

Ao promover a tutela do consumidor como defesa do vulnerável, de forma a minimizar a desigualdade entre os protagonistas da relação de consumo e a previsão de se elaborar uma norma protecionista consagrada no Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal não feriu a igualdade entre consumidor e fornecedor, ao contrário, aplicou a imposição da igualdade material, ou seja, a igualdade na lei, pois, a lei não pode tratar igualmente os desiguais, proibindo, conseqüentemente, a discriminação em sua dimensão negativa, para rejeitar ou excluir.

Mas, é possível ocorrer a diferenciação entre as partes em razão da liberdade de contratar, no entanto, o que as proibições de diferenciação reclamam é unicamente que uma decisão não se respalde em critérios determinados, em uma opção especial de atuação para um desfavorecimento. Deste modo, é possível recusar uma candidata que concorre com homens, porém, não em razão do sexo.⁸²

Em uma relação jurídica é preciso que se contemple uma “razão razoável” como justificativa para o tratamento desigual ou até mesmo para o tratamento igual.

⁸² NEUNER, Jörg. **O princípio de igualdade de tratamento no direito privado alemão.** In Revista Trimestral de Direito Civil. V.37 (janeiro/março 2009). Rio de Janeiro: Padma, 2000.p.210.

Assim, na ausência de uma justificaco racional e objetiva para a diferenciao das partes, impe-se o tratamento igual.⁸³

Entrementes, inegvel  que situaes de discriminao ocorrem.

Nesse sentido,  possvel do texto constitucional extrair alguns fatores de discriminao, no se tratando, porm, de um rol exaustivo: a) no art. 3º, inciso IV - origem, raa, cor, sexo, idade; b) art. 7º, incisos XXX – sexo, idade, cor e estado civil; XXXI – sade; e XXXII – trabalho; c) art. 227, §6º - filiao. De maneira ampla, traz o art. 3º, inciso IV “e quaisquer outras formas de discriminao” e no art. 5º, inciso XLI, “qualquer discriminao atentatria a direitos fundamentais”. Wilson Steinmetz infere que esses ltimos dispositivos so “clusulas de abertura para a valorao e incluso constitucionais de outros fatores socialmente relevantes de discriminao”.

A proteo ao consumidor guarda estreita relao com a dignidade da pessoa humana, principalmente porque o consumo  o acesso primrio ao mnimo necessrio para a sobrevivncia de maneira digna em sociedade, bem como se estende  proteo da vida, da sade e da liberdade, do que, infere-se que situaes de discriminao no podem ser admitidas.

As situaes de discriminao em virtude da orientao sexual que a pessoa adota, pela idade, sexo, religio, instruo, deficincia, dentre outras especificidades, importa para o direito brasileiro a fim de que o mandamento de igualdade seja concretizado nas relaes entre particulares em respeito aos ditames da Constituio Federal, pois sua inobservncia acaba por afrontar a prpria dignidade humana.

No se pode prescindir, neste sentido,  o respeito  dignidade da pessoa humana, pilar fundamental de todo o ordenamento jurdico brasileiro, que opera a proibio de discriminao.

1.3.1 Autonomia privada: "pedra angular" do Direito Privado moderno

A autonomia privada  o princpio nuclear e fundamental que permeia todo o Direito Privado.

⁸³ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.238.

É no século XIX que o chamado dogma da vontade se destaca. Surge na França o Código Civil de Napoleão pautado nos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade. No entanto, esse Código Civil desponta como forma de responder aos anseios da burguesia, a qual pretendia resolver a insegurança trazida pela aplicação das leis esparsas.

O ideal liberalista consagra a vontade como o meio de proporcionar ao indivíduo o poder de regular as relações das quais fazia parte, o que antes era permitido somente ao soberano.

Essa concepção entendia que era mais conveniente deixar os indivíduos regularem suas próprias relações jurídicas, - supondo que os homens eram livres e iguais por natureza e não podiam ser obrigados a nada senão pela sua própria vontade onde as consequências advindas de seus atos seriam realmente desejadas e justas - do que regulá-las pela letra fria da lei.

O Estado não poderia intervir na esfera particular, e é nesse contexto que a teoria contratual se desenvolveu, servindo a autonomia da vontade como seu fundamento e garantia de liberdade do indivíduo. Todas as pessoas juridicamente capazes, ao menos em tese, estavam em igualdade de condições para estabelecer as regras do contrato.

No auge do liberalismo e do Estado Moderno, no século XIX, incumbiu-se a *“teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a tradicional concepção de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade”*.⁸⁴ O contrato fazia lei entre as partes, o que se denominou *pacta sunt servanda*.

Em uma situação de plena liberdade, o exercício absoluto da autonomia da vontade acabou por deflagrar a desigualdade com o predomínio dos fornecedores sobre os consumidores. Constatou-se, assim, que a liberdade era irreal, incompleta e meramente teórica e o contrato não era necessariamente justo, sendo que, na maioria das vezes, consagrava o aniquilamento do mais fraco. Nessas condições, o enfoque muda: *“é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta”*.⁸⁵

⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**....p.65.

⁸⁵ A expressão é de Lacordaire *apud* STIGLITZ, Gabriel. **O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. Revista de Direito do Consumidor**. RDC 1/184.jan/mar./1992.In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**.vol. I. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.189.

No direito brasileiro, à época da elaboração do Código Civil a sociedade era tipicamente agrária, de modo que era a burguesia agrária e a burguesia mercantil que formavam os grupos de domínio a fim de que o subdesenvolvimento fosse mantido com intuito de justificar os privilégios econômicos e sua superioridade no meio em que viviam. O sujeito daquele código era o pai, o marido, o chefe da família, o provedor de bens materiais que se servia do contrato como meio de circulação de riquezas, era o burguês. A vontade do sujeito era o centro do ordenamento jurídico, em uma perspectiva absolutamente individualista.

Ocupando o auge da doutrina civilista a teoria da vontade iniciou seu declínio e descobriu-se que “*os desequilíbrios contratuais decorriam do excesso de liberalismo e do voluntarismo*”.⁸⁶

Diante da necessidade de conter a liberdade exacerbada das partes no contrato e ultrapassando os ideais do liberalismo, o Estado entra em cena para intervir nas relações privadas impondo sua ingerência para conter as desigualdades. É a transposição das barreiras existentes entre o privado e o público.

Como consequência, dá-se acesso para a relativização da autonomia da vontade e esta deixa de ocupar “condição de elemento nuclear” do contrato. Verifica-se uma nova concepção de contrato, agora, no Estado Social de Direito.

Claudia Lima Marques assinala que “*À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitador e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade*”.⁸⁷

Logo, ocorre a transição da ‘autonomia da vontade’ para a ‘autonomia privada’ a qual traduz-se no reflexo da liberdade das pessoas de se autorregular, por intermédio de sua vontade, as relações jurídicas que participam, “*estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina*”,⁸⁸ nos limites do ordenamento jurídico.⁸⁹

⁸⁶ CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83.jul-set/2004. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). **Contratos: Princípios e Limites**. V.III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.103.

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**....p.210-211.

⁸⁸ AMARAL, Francisco.Op.cit.p.347.

⁸⁹ Ainda nesse sentido Eliseu Figueira: “[...] já não se pode dizer-se hoje que o modelo do direito privado é o da autonomia da vontade como princípio fundamental da organização das relações sociais, este é o modelo que exprimia na ideologia da liberdade e igualdade dos sujeitos intervenientes na produção e circulação dos bens; paralelamente, há hoje um outro modelo atravessado por frequentes desvios que não se apresentam como simples restrições, meros elementos negativos, mas como elementos positivos cuja violação importa a conformação à

Ao ensejo, impende destacar as palavras de Luiz Edson Fachin:

É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, à medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.⁹⁰

Diante das alterações trazidas pela introdução de normas de “ordem pública” para o Direito Privado e da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, bem como as diversas limitações impostas, cabe indagar até que ponto é legítimo considerar a autonomia privada como centro do sistema jurídico civil. A resposta encontrada é de que mesmo diante das restrições jurídicas impostas à autonomia privada o direito civil lhe confere a categoria de “*princípio estrutural e estruturante*”.⁹¹ Nesse pensar, os direitos fundamentais “*operam como mais um tipo de limites à autonomia privada, ao lado dos já construídos no próprio campo do Direito Privado*”.

Ana Prata aduz que

a transformação não importa ainda uma reformulação essencial da conceptuologia básica deste sistema (...), já porque a aceitação de que a autonomia privada não constitui o centro deste sistema significaria a extinção do direito civil, mas também “o fim, no plano ético e social, de valores ainda mais substanciais que investem a própria dignidade do homem como ser livre e dos quais o direito civil apenas constitui a forma jurídica”.⁹²

Nesse diapasão, o negócio jurídico tem como essência a autonomia privada, nos moldes preconizados pelo ordenamento jurídico, de maneira controlada e submetida a uma série de imposições cogentes.

Ainda que se evidencie, no percurso da história, o progressivo aumento das restrições à autonomia privada e à liberdade contratual, a autonomia privada é um

legalidade”. FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do Sistema de Direito Privado**. Coleção Universitária. Editorial Caminho: Lisboa, 1989.p.143.

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito....**p.54.

⁹¹STEINMETZ, Wilson. Op.cit .p.196.

⁹² PRATA, Ana. Op.cit.p.84.

princípio fundamental do Direito Privado que permite ao homem afirmar-se como pessoa.⁹³

A autonomia privada é norteada por limites não apenas ideológicos, mas também jurídicos e reais, que lhe são estabelecidos a fim de que as relações jurídicas atendam à liberdade, justiça social, igualdade e solidariedade.⁹⁴ Entretanto, impera, na atualidade, a (re)leitura do contrato com amparo na Constituição, sob pena de se infringir direitos fundamentais do indivíduo contraente. A Constituição é a moldura que permeará todas as cláusulas gerais.

1.3.2 A tutela constitucional da autonomia privada

As Constituições do segundo pós-guerra passaram a conter temas antes atinentes apenas a diplomas civis, trazendo verdadeiros programas para transformar a sociedade e não meramente espelhá-la como faziam os códigos anteriores.

Adverte Rosalice Fidalgo Pinheiro que a *“democracia social, presente no Welfare State, foi responsável pela inscrição dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições”*⁹⁵ e, por conseguinte, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana recebem uma nova roupagem.

Essa constitucionalização do Direito Privado decorre do fato de que

No Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (...), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio, além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (...).⁹⁶

Assim, de mero garante da liberdade e autonomia dos indivíduos perante o Estado, este passa a ser o responsável a levar a efeito as políticas públicas a fim de garantir uma igualdade concreta e material, com o objetivo patente de promover,

⁹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.86.

⁹⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **A Evolução do Direito Civil Obrigacional: A Concepção do Direito Civil Constitucional e a Transição da Autonomia da Vontade para a Autonomia Privada.** LOTUFO, Renan (coord) **Cadernos de Autonomia Privada.** Caderno nº 2. Curitiba: Juruá, 2001. p.173.

⁹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.37.

⁹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Op.cit. p.49.

acima de qualquer outro valor, a consagração e multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, com uma maior intervenção na esfera privada.

Por oportuno, importante destacar o ensinamento de Pietro Perlingieri:

O Estado Moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde é um subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3,§2º, Const.), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado [...]. Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direto à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todos os cidadãos – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção.⁹⁷

Nessa esteira, o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade⁹⁸ não se restringindo à organização do poder político estatal, contribuiu para a separação do Direito Público e privado.

Os direitos, portanto, deixam de ser meramente formais, há uma mudança de direção orientada à garantia da efetividade e justiciabilidade da Constituição e dos direitos fundamentais.⁹⁹

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op.cit. p.54.

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.253.

⁹⁹ Relevante mencionar que na doutrina defende-se que é de se conceber também um '**Estado de Direito Ambiental**', o qual confere ênfase à proteção do meio ambiente. Para Morato Leite esse Estado deve estar conectado com o princípio da solidariedade econômica e social, a fim de buscar "um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural". LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p. 192.

Como bem averba Morato Leite, o Estado de Direito Ambiental "é um conceito de cunho teórico-abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma situação ambiental favorável à plena satisfação da dignidade humana e harmonia dos ecossistemas". LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato; org. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153.

Por fim, é importante destacar, como menciona Patryck de Araújo Ayala, que a Constituição Federal de 1988 assegura que "o direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José

Jorge Reis Novais menciona que os direitos fundamentais adquiriram a justiciabilidade com fulcro em seu valor constitucional - ainda que “contra a vontade do legislador democrático”¹⁰⁰ – como consequência do fato de que a Constituição adquiriu força de verdadeira norma jurídica.

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram concebidos para o exercício frente ao Estado, mas com as mudanças ocorridas, decorrentes das crises sociais e econômicas, devido à complexidade com que as relações sociais se delineavam e a constatação de ingerência pelos particulares sobre os direitos fundamentais de seus pares, constatou-se a necessidade de que a proteção estatal abarcasse as relações interprivadas.

Diante disso, começou a indagar-se sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais teriam sobre as relações interprivadas, visto que a vontade era a única fonte de obrigações e capaz de vincular os indivíduos, sem se olvidar do fato de que ao Estado não cabe apenas editar leis, mas desenvolver os programas contidos na Constituição, implementar direitos por intermédio de políticas públicas eficientes.

A atuação da vontade após a Carta Magna de 1988 foi remodelada para a efetiva observância dos valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e igualdade, objetivos inscritos pelo constituinte e daí exsurge a autonomia privada.

Apesar de não haver referência expressa à autonomia privada no texto constitucional do direito brasileiro, a autonomia privada, princípio fundamental do Direito Privado, princípio do direito contratual por excelência, trata-se de um bem constitucionalmente protegido contendo um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, podendo se inferir a proteção constitucional da autonomia privada da tutela da liberdade, do princípio da legalidade, bem como no próprio princípio da dignidade humana.

Wilson Steinmetz, em seu estudo sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, aduz que há uma tutela constitucional da autonomia privada respaldada nas seguintes premissas: do direito geral de liberdade, prevista no art. 5º, caput da CF, o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, da CF), o

Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências e aspectos constitucionais**. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 229-270.

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora. 2010. p.70.

direito de propriedade (art. 5º, caput e XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX, da CR), o direito de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, da CR, caput, parágrafos de 1º a 4º), do que se extrai que a autonomia privada, que representa o poder geral de “autodeterminação e autovinculação” das pessoas, é tutelada pela Constituição.¹⁰¹

Sublinha Daniel Sarmento que “a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial”.¹⁰²

Na esteira dessas considerações, o art. 1º, inciso IV, que traz como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa aliado ao art. 170, ambos de nossa Carta Constitucional, ao dispor sobre os princípios gerais da atividade econômica, garantindo que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, revelam a assunção da autonomia privada no campo constitucional.

Interessante notar que toda liberdade de praticar ou não praticar o que é lícito ou o que não é proibido, apesar de atrelado substancialmente à vontade do agente, não faz com que autonomia privada corresponda à mesma coisa que autodeterminação.

Joaquim de Souza Ribeiro ressalta que ‘autonomia privada’ e ‘autodeterminação’ são conceitos distintos. Assim, a ‘autodeterminação’ proporciona ao indivíduo a possibilidade de agir externando sua declaração com ou sem efeito negocial ou, ainda, de não agir. Já a ‘autonomia privada’ consubstanciada no negócio jurídico, “conota um poder ativo com eficácia reguladora”.¹⁰³

A indistinção conceitual quanto aos termos ‘autonomia privada’ e ‘autodeterminação’ acabam por ampliar de maneira demasiada o espaço que é próprio da autonomia privada, pois a ela somente é imputável o poder com eficácia

¹⁰¹ Nas palavras de Wilson Steinmetz: “Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional”. STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p. 200-201.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2008.p.177.

¹⁰³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**. p.48-51 *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de.Op.cit. p.28.

reguladora e todas as demais expressões de liberdade que não possuam esse conteúdo não podem ser abarcadas por esse conceito.¹⁰⁴

Assim, Joaquim de Souza Ribeiro afirma que a autonomia privada, “de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam” e a autodeterminação traz mais um aspecto existencial, valorativo, é o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências”.¹⁰⁵

Importa notar, que os atos de autonomia privada podem tratar de conteúdo patrimonial ou existencial, ou seja, não se restringe a “pactuar contratos obrigacionais, transações que envolvam o direito de propriedade, etc., mas essa autonomia também manifesta-se nos direitos da personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem e no direito ao cadáver, dentre outros”.¹⁰⁶

Conforme dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal,¹⁰⁷ verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, a pessoa é reconhecidamente o centro do ordenamento jurídico, o que faz com que a autonomia privada seja tutelada de modo que não pode ser reduzida às situações patrimoniais, ou seja, adstrita a transações que envolvam direito de propriedade, devendo ser estendida às questões existenciais como o direito ao próprio corpo, transplante de órgãos, direito à imagem, etc.

No tema em análise, exsurge a hesitação em se saber se a autonomia privada é ou não um princípio/direito fundamental.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**. p.49 *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Idem*. p.28.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**. Almedina, 1999.p. 31 *apud* Malfatti, Alexandre. **Liberdade Contratual** in LOTUFO, Renan. **Cadernos de autonomia privada**. Renan Lotufo (coord). Curitiba: Juruá, 2001. p. 19.

¹⁰⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **A Autonomia Privada sobre o Próprio Corpo, o Cadáver, os Órgãos e Tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal**. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil-constitucional**: caderno nº 1. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 256-286.p.263.

¹⁰⁷ Constituição Federal - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Para Ana Prata a autonomia privada é “um mero instrumento jurídico de actuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados”,¹⁰⁸ sendo que, beneficia-se da indireta tutela constitucional que o exercício dos direitos à propriedade e à liberdade negocial detêm.¹⁰⁹

No entanto, Wilson Steinmetz afirma que a proteção constitucional atribuída à autonomia privada como um bem ou princípio pode, ainda, ser extraída de outros dois argumentos: do direito de propriedade (art. 5º, caput, e XXII da CF) como, também, do princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, caput, da CF). O raciocínio feito pelo autor é o seguinte: a Constituição Federal tutela o direito à propriedade cujo exercício se confere pelo contrato, e se o contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada, conseqüentemente, também protege esta. Desse modo, ao elencar a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental e é “lógica e faticamente impensável e impraticável a livre iniciativa sem autonomia privada”, também tutelou a autonomia privada.¹¹⁰

Por conseguinte, a autonomia privada não é um poder soberano. A autonomia privada não pode ser compreendida sem que se remeta ao respeito à dignidade da pessoa humana. As situações patrimoniais - conforme consta do art. 170, CF – tem sua concretização condicionada às situações de existência dos cidadãos, pois, a base da ordem econômica, representada pelos princípios descritos, principalmente a livre iniciativa, tem por escopo garantir a todos existência de maneira digna.

Na fase atual, a autonomia privada segue sendo um princípio fundamental do direito dos contratos e com fulcro na cláusula geral de promoção e tutela da pessoa humana, tem-se o dever de observância aos princípios constitucionais,¹¹¹ cujo fundamento é a busca de um desenvolvimento nacional com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e respeitando a dignidade da pessoa humana. Com isso, o contrato vai muito além de mero meio de circulação de riquezas e a autonomia

¹⁰⁸ PRATA, Ana. Op.cit.p.14.

¹⁰⁹ PRATA, Ana. Op.cit.p. 215.

¹¹⁰ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p. 200-201.

¹¹¹ Wilson Steinmetz afirma que “[...] a existência de um direito(s) fundamental(is) em jogo, em uma específica relação contratual não é por si o bastante para, automática e imediatamente, afastar a eficácia do princípio da autonomia privada. E mais, assim como os direitos fundamentais operam eficácia limitando o princípio da autonomia privada, assim também o princípio da autonomia privada, à medida que tem assento constitucional, opera como fundamento de restrição a direitos fundamentais”. STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p. 202.

privada como poder de autovinculação dos indivíduos condicionada à tutela da pessoa e da sua dignidade, obliquamente recebe também a tutela constitucional e pode ser considerada como um direito fundamental.

Por derradeiro, a autonomia privada é um princípio fundamental do direito dos contratos, onde há o reconhecimento da possibilidade dos particulares autorregulamentarem seus interesses. Não obstante, como já mencionado, o dever de observância das normas constitucionais faz com que a autonomia privada tenha como foco a pessoa humana e o indeclinável respeito à sua dignidade, como limitação à iniciativa das partes.

1.4 A autonomia privada, a discriminação e os contratos de consumo

A concepção tradicional do contrato advogava que a vontade representava sua única fonte criadora e constituía lei entre as partes, antepondo-se até mesmo à própria lei ditada pelo Estado ao qual apenas cabia o papel de garante das estipulações contratuais feitas pelos indivíduos.

No entanto, o contrato sofreu e vem sofrendo mudanças significativas, o Estado assume uma nova postura em face da qual, de mero “espectador” passa a interventor nas relações privadas e, a presumida igualdade proporcionada pela autonomia da vontade é derrocada constatando que a igualdade substancial não era atingida com a ampla liberdade concedida às partes contraentes.¹¹²

Das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas é no século XX – após o segundo pós-guerra¹¹³ - que se evidencia o surgimento dos novos direitos fundamentais - com reconhecimento, identificação e recepção de direitos, liberdades e deveres individuais – e é nesta fase que a *dignidade da pessoa humana* ganha relevo consolidando-se a ideia de que indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência e que estes direitos devem ser protegidos.

Em tempos passados o direito civil absorvia todo o Direito Privado. Do direito civil extraiu-se outros ramos do direito na medida em que se foi constatando princípios privativos e peculiares.

¹¹² Diante da passagem do Estado Liberal para o Social é importante que se diga que houve apenas a redução da importância da vontade e não sua exclusão.

¹¹³ De acordo com NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**....p.70.

A relação de consumo demarca a divisão entre o direito contratual do consumidor e o direito civil ou comercial. Entretanto, os contratos em si não apresentam uma diferença intransigente no Código do Consumidor, são eles os mesmos do direito comum (civil ou comercial). O que exige um regime jurídico próprio é a função que possuem de suporte das relações de consumo.¹¹⁴

O contrato, da forma como preconizado pelo Código Civil de 1916, evolui em seu conteúdo e finalidade diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como pela inserção do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

Parafraseando Bruno Miragem tem-se que a liberdade de contratar, assim como a autonomia da vontade, fundamentos do direito civil clássico, mostraram-se insuficientes para a garantia do equilíbrio nas relações contratuais, do que decorre a necessidade de tutela dos mais fracos na sociedade de consumo de massa. Eis que “bases e fundamentos do direito do consumidor, sua base conceitual, e a lógica em matéria de direito material do consumidor (contratos e responsabilidade civil) tem sua sede no Código Civil”.¹¹⁵

Desta feita, é de se admitir o negócio jurídico derivado do consumo, “estribado no princípio da autonomia privada”.¹¹⁶

As sociedades de consumo decorrem da Revolução Industrial. As relações entre particulares assumem uma conotação massificada e os contratos passaram a ser firmados sem negociação prévia, apresentando-se como verdadeiros formulários, uniformes e pré-definidos. Essa transformação contratual ao mesmo tempo que conferiu rapidez às transações na sociedade massificada, trouxe também

¹¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos no Código do Consumidor**. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (orgs.). **Direito do Consumidor: contratos**. vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.171-181. p.171-172.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**, p. 27 *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **Relação de Consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil**. p. 111-155.p.114-115. In: LOTUFO, Renan (coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Relação de Consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil**. p. 111-155.p.115. In: LOTUFO, Renan (coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

perigos para os consumidores que sem ter conhecimento das cláusulas especificamente aderem ao contrato como um todo.¹¹⁷

A nova realidade contratual que advém das transformações económicas e tecnológicas, na qual os contratos em massa compõem o dia-a-dia do mercado de consumo, superou o dogma da vontade e a imutabilidade contratual (*pacta sunt servanda*) e, novos deveres decorrem de princípios jurídicos que informam o direito contratual, como a igualdade, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Atualmente, passam a prevalecer os contratos de adesão (standardizados ou de massa), os quais não permitem a discussão prévia e a manifestação de vontade de maneira a alterar as cláusulas existentes, elas são impostas por um conteúdo básico da lei ou por uma das partes, a vontade se restringe a contratar ou não e que nos casos de monopólio e oligopólios económicos de certos bens e serviços (como é o caso da água, energia elétrica, etc),¹¹⁸ delimita a liberdade de com quem contratar.¹¹⁹

No oportuno magistério de Enzo Roppo, uma das formas mais relevantes de restrição à liberdade contratual está contida nesses contratos de adesão:

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações

¹¹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. **Apresentação à 1ª edição.** In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.11.

¹¹⁸ Sobre os contratos standardizados, Enzo Roppo acrescenta que “é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre (...) de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem quer contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio”. Continua o autor: “(...) a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente, tem o poder de desenvolver. Como bem se compreende, o caso é completamente diferente daqueles em que a restrição da autonomia privada emerge de vínculos formalmente impostos a ambos os contraentes por uma fonte que lhes é estranha, constituindo expressão do poder público: a lei, o juiz, a autoridade administrativa”. Desta feita, conclui que “(...) a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (...)”. ROPPO, Enzo. **O Contrato.**Coimbra: Almedina, 1988.p.317 e 318.

¹¹⁹ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.195.

negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos por adesão*).¹²⁰

Mas, o que se pode entender por relação de consumo, cujo contrato de consumo é a consequência?

A relação de consumo é aquela que se dá entre aquele que “exerce atividade profissional organizada (denominado *fornecedor*) e o eventual adquirente ou utente dos bens ou serviços que forneça ao público (denominado *consumidor*)”.¹²¹ Diferente do que apregoa a relação civil onde se tem partes iguais, as quais, regra geral, estipulam as cláusulas que regerão o negócio jurídico firmado, a relação de consumo ocorre entre partes juridicamente desiguais.

Antonio Herman Benjamin enfatiza que a fragilidade do consumidor é destacada em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e depois da contratação.¹²²

Nesse viés de proteção, a Constituição Federal e, conseqüentemente, o Código de Defesa do Consumidor é explícito em tornar viável a busca do consumidor, sujeito de direitos, por uma tutela efetiva de seus direitos.

As divergências de concepções e interesses cada vez mais marcados pelos contratos massificados formam um terreno propício para o fomento de desigualdades, para a discriminação.

Comporta também registrar o ensinamento do jurista argentino Iturraspe:

“Para nosotros, el contrato desde la visión clásica presuponía la discusión o al menos la posibilidad de su existencia; las partes se pensaban como “libres, iguales y fraternas”, dispuestas a defender sus derechos; la concepción moderna ha impuesto la contratación masiva o de ventanilla, o de formulario, donde una parte “fuerte” dispone las cláusulas y la otra,

¹²⁰ ROPPO, Enzo. Op. cit. p.312.

¹²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos....**p.172.

¹²² BENJAMIN, Antonio Herman. Apresentação à 1ª edição. In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**11.

“débil”, se limita a dar su adhesión. La contratación por adhesión ha posibilitado, a la vez, la contratación sobre la base de “cláusulas generales”. El contrato que nace de la discusión se denomina “discrecional”; el que nace de la adhesión se llama “predispuesto”. Ver art. 899 del Proyecto del '98. Las cláusulas generales adquieren poder jurigenético a partir de su incorporación al contrato, no lo tienen antes; no son normas imperativas nacidas de los usos empresarios.”¹²³

A igualdade, objeto e fundamento deste estudo, não é aquela disposta nas esferas religiosas e científicas, e, sim, na esfera social.

Vários podem ser os motivos a serem apontados como ensejadores da proteção jurídica contra a discriminação, dentre eles, pode-se afirmar a necessidade de inclusão do outro, a eliminação das barreiras econômicas.

No sentido amplo e formal poderão existir situações de discriminação ou diferenciação lícita/ permitida e até mesmo situações de discriminação devida ou imposta. Assim, no estudo dos limites da autonomia privada resultantes da proibição de discriminação deve se dar atenção especial a linha de fronteira entre a proibição e a permissão de diferenciação, pois não se pode olvidar que é lícita a diferenciação imposta.

Embora a listagem não seja fechada, Jorge Cesa Ferreira da Silva defende que três são as modalidades de discriminação vedadas que são referidas nas legislações e decisões: discriminação direta, indireta e assédio.

A discriminação direta ocorre quando uma pessoa em razão de possuir alguns sinais discriminatórios (entre outros, raça, cor, sexo, idade e religião) recebe tratamento menos vantajoso daquele que foi dado a alguém em situação similar. Já a discriminação indireta é constatada quando um critério ou prática aparentemente neutra coloque portadores de sinais de discriminação em situação de desvantagem em relação a outras, salvo se for justificável por um critério legítimo, lícito e não discriminatório em si. E, por fim, o assédio é o comportamento indesejado relacionado a algum sinal de discriminação com o objetivo de violar a dignidade humana e de criar um ambiente hostil, humilhante.¹²⁴

A discriminação ou a desigualdade é um fenômeno social que desponta do processo de interação social das pessoas na vida cotidiana.

¹²³ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil y contratos: responsabilidad precontractual**. 1ª.ed.Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.p.25.nota de rodapé 27.

¹²⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit.p.402.

Os comportamentos discriminatórios podem afetar o indivíduo singularmente, como também um coletivo de pessoas. Neste caso, a proibição da discriminação vai além da esfera individual.

Cumprido mencionar que a proteção contra a discriminação não é exclusiva do indivíduo, isoladamente, mas, ao grupo que pertence e à sociedade em geral. Pretende-se, na verdade, “a proteção da dignidade da pessoa humana como indivíduo”.¹²⁵

Paulo da Mota Pinto não despreza que em muitos casos a escolha e a distinção de tratamento na celebração de contratos é a expressão das convicções ou formas de vida que uma pessoa leva, o que em geral não é proibido. Destaca que há regras que visam assegurar a convivência pacífica entre os membros em sociedade, mesmo com suas diversas convicções e formas de vida. Essas regras são exigências morais mínimas, limites que têm de ser aceitos, verdadeira moldura, que não necessitam de adesão prévia, são regras sobre o justo.¹²⁶

As regras do justo se sobrepõem as do bem e corresponde a uma exigência de neutralidade do Estado. O imperativo de neutralidade refere-se à fundamentação.

Importante consignar que a neutralidade exigida do Estado não pode ser exigida do cidadão. É apenas a proteção do núcleo da dignidade humana que não é posta em causa e antes se deve considerar pressuposta no imperativo de neutralidade ética do Estado, que pode estar em jogo na proteção contra a discriminação no Direito Privado.

Carlos Ferreira de Almeida destaca acerca do modelo liberal que “as suas referências sócio-econômicas não suportam o contraste com a realidade da massificação dos contratos e com as conseqüentes desigualdades entre as partes nos níveis de informação de poder econômico”.¹²⁷ A expressão ‘liberdade contratual’ – uma das facetas da autonomia privada - toma o lugar de autonomia da vontade.¹²⁸

Como bem destaca Paulo Mota Pinto:

¹²⁵ PINTO, Paulo da Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.2010.p.319.

¹²⁶ Idem.p.331.

¹²⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de *apud* Malfatti, Alexandre. **Liberdade Contratual** in Lotufo, Renan. Cadernos de autonomia privada. Renan Lotufo (coord). Curitiba: Juruá, 2001. p.22.

¹²⁸ Malfatti, Alexandre.Op.cit. p.22.

[...] a proteção contra a discriminação pode igualmente ter uma finalidade reportada à sociedade globalmente considerada. A manutenção da paz e da harmonia entre os membros da sociedade – entre os indivíduos e entre os grupos – e a manutenção das condições para uma formação de vontade democrática requer a integração – e não a segregação em “condomínios” ou ghettos (ainda que em nome, ou como resultado, da defesa de uma “opção multiculturalista”. [...] A proteção contra a discriminação tem igualmente como finalidade assegurar efectivas possibilidades de participação a indivíduos e grupos, evitando, assim, ao nível social geral, o colapso das condições para a integração social.¹²⁹

Na perspectiva constitucional, a igualdade é prevista como um direito fundamental no art. 5º, caput, o qual dispõe que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Assim como a igualdade formal é prevista, a desigualdade e a necessidade de sua superação são reflexas. De tal modo, a vedação da discriminação decorre do princípio da igualdade e da proteção à dignidade humana.

A preocupação com a igualdade real das partes passa a ser evidente.

Interessante notar que

A igualdade é uma das metanarrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material. No caso do CDC, asseguram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade nos contratos.¹³⁰

A liberdade sofre limitação com a nova teoria contratual possibilitando a incursão nos contratos de obrigações não desejadas pelas partes, obrigações estas provenientes da lei, a qual, nesta nova concepção de contrato, predomina em relação à vontade.

A nova concepção de contrato, como observa Claudia Lima Marques,

é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade são levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.¹³¹

¹²⁹ PINTO, Paulo da Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2010. p.320.

¹³⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.266.

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.210.

Nesse cenário, os direitos fundamentais são direitos contemplados na Constituição Federal e reconhecidos como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cujo principal desígnio é o respeito à sua dignidade, não se podendo olvidar da proteção ao poder estatal que proporcionam, bem como a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano. Essa garantia pode ser interpretada com vistas ao respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Assim, a vulnerabilidade, marca registrada do consumidor, alicerça sua proteção jurídica por parte do Estado nos contratos de consumo, abandonando-se o paradigma da igualdade formal para se buscar a igualdade material. Nesta direção, amplia-se o espectro da tutela consumidor, para alçar a direito fundamental sua defesa, protegendo constitucionalmente aquele que, no caso concreto, encontra-se em situação de vulnerabilidade. Esse é o tema a ser abordado no próximo capítulo.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E A DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

A abordagem a ser feita no presente capítulo trata da discussão acerca do direito à defesa do consumidor, assunto este que está totalmente conectado com a perspectiva constitucional, uma vez que tal direito goza de proteção qualificada da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como sobre a eficácia da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e os princípios sociais que informam os contratos de consumo.

2.1 O direito fundamental à defesa do consumidor e as relações de consumo

A tutela do consumidor recebeu *status* constitucional com o advento da Constituição da República de 1988. A defesa do consumidor, promovida pelo Estado Democrático de Direito, é considerada um direito fundamental¹³² presente no seu art. 5º, inciso XXXII,¹³³ o que lhe rende contornos de princípio e valor que condiciona a atividade econômica brasileira, no art. 170, V, ensejando a funcionalização da autonomia privada.

Claudia Lima Marques afirma que o direito do consumidor é

[...] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social,

¹³² Com amparo em Jorge Reis Novais, é possível sustentar o direito à defesa do consumidor como um direito trunfo contra a maioria, pois, sendo um direito fundamental identifica-se como “posições jurídicas individuais em face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p.17). Outrossim, Ingo Sarlet, pautando-se nos ensinamentos de Robert Alexy, define direitos fundamentais como “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”. (SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editora do Advogado, 2011. p.77)

¹³³ Isto significa que a defesa do consumidor goza de proteção em face de reformas do poder constituinte derivado, caracterizando-se como uma cláusula pétrea e direito inalienável. Eis que segundo o art. 60, §4º da Constituição da República de 1988, não poderá ser objeto de deliberação por emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.

direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).¹³⁴

Por ser expressamente considerada como um direito fundamental, a defesa do consumidor não se restringe a ser mera norma de ordem pública, mas uma exigência de sua observância por meio de uma normatividade específica e de medidas de caráter interventivo.¹³⁵ Deste modo, a Constituição da República delineou um dever de proteção a esses direitos, por meio da atividade do legislador ordinário, com a edição da Lei 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor tutela o consumidor como um “sujeito de direitos especiais”, constitucionalmente reconhecido como merecedor de proteção especial, em face de um conjunto de normas e princípios para defesa de seus direitos. Importa ao intérprete considerar esta valoração constitucional, restando, a defesa do consumidor como um direito humano fundamental, que enseja a tutela de interesses existenciais e patrimoniais da pessoa humana.¹³⁶

Tal configuração reflete-se na caracterização da relação de consumo, composta pelo fornecedor, produto ou serviço e o consumidor.

Segundo o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” são fornecedores. O elemento presente em todos esses casos de atividade de fornecimento é a habitualidade. Eis que não existindo tal característica, a disciplina jurídica da Lei 8.078/90 é afastada em favor do Código Civil.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 3º da lei consumerista afastam a classificação dos bens, delineada pelo Código Civil, e atém-se ao produto ou serviço. Enquanto produto é um bem material ou imaterial, o serviço é uma atividade, caracterizada

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.3.ed.rev. e atual.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.31.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**.8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.260.

¹³⁶ A defesa do consumidor é “uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito constitucional básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do *caput* do art.170 da CF/1988, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...**p. 399.

pela remuneração. Não obstante tal exigência, é possível afirmar que serviços não remunerados também estão sujeitos à incidência do Código de Defesa do Consumidor, quando o “sinalagma contratual está escondido”.¹³⁷ Ademais, a imaterialidade do produto alinha a Lei 8.078/90 no processo de “mobilização e desmaterialização de riquezas”.¹³⁸

A indagação acerca da inserção da defesa do consumidor como um direito fundamental encontra resposta na necessidade de se tutelar a dignidade da pessoa humana face à vulnerabilidade do consumidor.¹³⁹ É tradução de um personalismo ético que preside a leitura constitucional das relações de consumo: a tutela inserida nos arts. 5º, XXXII e 170, V, protege, para além do consumidor, a pessoa humana.¹⁴⁰

2.1.2 A tutela do consumidor e o direito fundamental à defesa do consumidor

Considerando o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo e almejando minimizar a fragilização e exposição deste sujeito, a falta de liberdade, as desigualdades e, ainda, como forma de impor limites ao mercado, a Constituição da República elegeu o direito de defesa do consumidor como um direito fundamental para o equilíbrio das relações sociais. Mas, a conceituação de consumidor é considerada complexa pela doutrina em geral.

O Código de Defesa do Consumidor não adotou uma única definição do sujeito a ser protegido, mas sim, quatro conceitos distintos de consumidor, não o definindo apenas sob a perspectiva individual, mas também sob a perspectiva transindividual ou coletiva.¹⁴¹ Eis que, segundo o art. 2º, *caput*, consumidor é “toda

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...**, p. 411.

¹³⁸ ROPPO, Enzo. *Op.cit* .p.64.

¹³⁹ “...daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. coordenação MARTINS; Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.644-667)

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215. p. 211.

¹⁴¹ Art. 81. CDC. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste

pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se do consumidor *stricto sensu*, conceito a ser observado quando se pretende definir a existência da relação de consumo. Já o parágrafo único do art. 2º e os arts. 17 e 29 definem o consumidor em sentido amplo, quando estão em jogo os acidentes de consumo¹⁴² e as práticas comerciais abusivas.¹⁴³ Tal conceito é residual em relação ao primeiro.¹⁴⁴ Observa-se, deste modo, que o Código de Defesa do Consumidor não reduz a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, mas também considera consumidor outras vítimas das práticas comerciais abusivas, dos ilícitos pré-contratuais e dos contratos de adesão.

Não há assentimento geral na doutrina sobre o alcance do conceito de consumidor, demarcado pela expressão “destinatário final”, contrastando as teorias maximalista e finalista.

A teoria finalista ou subjetivista, liderada por Claudia Lima Marques,¹⁴⁵ parte do princípio que a Lei n. 8.078/90 destina-se a tutelar um grupo especial de pessoas vulneráveis na sociedade: o consumidor. Neste pensar, consumidor é a pessoa física ou jurídica, que adquire um produto ou utiliza um serviço em seu benefício ou de sua família. Em sua acepção mais pura, restringe-se ao não profissional, que se destaca, simultaneamente, destinatário fático e econômico do bem ou serviço.

Para os finalistas, a pessoa jurídica somente pode ser considerada como consumidora, se o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possuir qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e estiver demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica)

código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

¹⁴² Art. 17. CDC. “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

¹⁴³ Art. 29. CDC. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. **O Código Brasileiro do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, v. 7, p. 269, jul-set, 1993.

¹⁴⁵ MARQUES, **Contratos**..., p.305.

perante o fornecedor.¹⁴⁶ Para tanto, recorre-se a uma interpretação teleológica do Código de Defesa do Consumidor,¹⁴⁷ na medida em que este último tutela a parte mais fraca da relação de consumo, que é o consumidor e a condição de vulnerabilidade, o que não se ajusta com o profissional.

Com efeito, para Maria Antonieta Zanardo consumidor:

É aquele destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Assim, não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário também ser destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferir-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final.¹⁴⁸

Em posição contrária, situam-se os que advogam máxima amplitude ao Código de Defesa do Consumidor: é a teoria maximalista ou objetiva. A destinação final, insculpida no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, é meramente fática, bastando a mera retirada do produto do mercado sem considerar se quem adquire o bem ou serviço é profissional ou não.

Em outras palavras, os partidários dessa teoria defendem que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor possui um conteúdo objetivo, não importando se aquele que consome desenvolve ou não uma atividade econômica lucrativa.

Neste sentido é o ensinamento de João Batista de Almeida, que defende o consumidor como aquele que adquire

para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se incluiu na definição legal, portanto, intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após a montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 20/09/2004, p. 181.

¹⁴⁷ MARQUES, **Contratos...**, p.306.

¹⁴⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.90-91.

¹⁴⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2002, p.38.

A esta vertente opõe-se Claudia Lima Marques, ao afirmar que os maximalistas

veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome [...].¹⁵⁰

José Geraldo Brito Filomeno assevera que ao se defender que se aplica às pessoas jurídicas o Código, sem qualquer distinção, ainda que essas pessoas sejam fornecedoras de bens e serviços, “seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídico de que se reveste”,¹⁵¹ e esclarece ainda que, cada caso, cada situação, deverá ser analisada de maneira individualizada, “até porque o Código é, em princípio, destinado às pessoas mais fragilizadas no mercado de consumo”, sendo a pessoa jurídica assim considerada se puder ser equiparada à pessoa física.¹⁵²

O rigor da teoria finalista foi atenuado, especialmente após o advento do Código Civil de 2002, ensejando o que Claudia Lima Marques denomina de “finalismo aprofundado”, uma terceira teoria. Tal concepção é delineada pela jurisprudência brasileira, em contraposição ao maximalismo atenuado.¹⁵³

¹⁵⁰ MARQUES, *Contratos...*, p.306.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed.Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004, p. 35.

¹⁵² GRINOVER, op. cit., p. 36.

¹⁵³ Afirma Adalberto Pasqualotto que no Superior Tribunal de Justiça o ano de 2004 foi marcado por duas decisões antagônicas sobre casos semelhantes, o que delimitou o fim do maximalismo e o começo do finalismo sendo a primeira delas decorrente de um conflito de competência – Ccomp 41.056/SP – onde, em suma, uma farmácia propôs ação condenatória em face de uma administradora de cartão de crédito alegando que na condição de consumidora poderia ajuizar a demanda no foro de seu domicílio. O STJ, reconhecendo a existência de relação de consumo, acolheu o foro privilegiado, entendendo que a atividade de serviço de pagamento por meio de cartão de crédito não integra, diretamente, o produto objeto da empresa de distribuição de medicamentos. Alguns meses depois, contrapondo-se a decisão anterior, uma casa de tintas, alegando possuir foro privilegiado decorrente de sua condição de consumidora, ajuizou uma ação diretamente na Vara de Defesa do Consumidor de Salvador contra, também, uma administradora de cartão de crédito que

Segundo essa teoria do finalismo aprofundado, o conceito de consumidor deve ser entendido em uma perspectiva funcional, na qual a vulnerabilidade é o critério interpretativo para a proteção do consumidor.

Neste sentido, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, servindo-se do art. 29 do código consumerista, o qual dispõe sobre o consumidor por equiparação, vêm reconhecendo que em determinadas situações, “a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo”,¹⁵⁴ revelando que o princípio da vulnerabilidade mostra-se capaz de atenuar a amplitude da teoria maximalista ou mitigar os rigores da teoria finalista.

Assim, no caso concreto,¹⁵⁵ com base no que predispõe o art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor devido à sua vulnerabilidade,

deixou de creditar-lhe valores referentes a vendas por ela feitas. Todavia, desta vez, a mesma 2ª Seção não acatou seu argumento – Resp 541.867/BA - não reconhecendo a pessoa jurídica *in casu* como destinatária final. PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. Revista de Direito do Consumidor RDC 74/7. Abr.-jun./2010.In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.907.

Conforme se evidencia no excerto do voto do Ministro Relator Barros Monteiro: “Ocorre no caso o que se denomina o “consumo intermediário”; vale dizer, a pessoa natural ou jurídica comerciante emprega o sistema de crédito ou de pagamento à vista por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, como forma de incrementar as suas atividades comerciais. Não há como dissociar o uso do seu desempenho profissional do objetivo de facilitar a prestação de serviços a seus clientes, até mesmo com a finalidade de ampliar os lucros. A lei consumerista, à evidência, não veio contemplar o comerciante, puro e simples, que no seu campo de atuação profissional, adquire bens e contrata serviços com a finalidade de implementar a sua atividade negocial. O produto adquirido não se destina ao consumo próprio, daí por que inexistente a relação de consumo a atrair a competência da vara especializada.

Em realidade, a relação de consumo restringe-se à autora, “Central de Tintas Ltda.”, e à pessoa que adquiriu, em seu estabelecimento comercial, o produto no varejo. O que faz parte da cadeia econômica da atividade do comerciante, não pode ser tida como relação de consumo”.

¹⁵⁴ BRASIL, STJ - REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012.

¹⁵⁵ “Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.- A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas,

seja ela “técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor)” e, mais, atualmente, também a “vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra)”¹⁵⁶, não obstante tratar-se de um profissional, autoriza a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.¹⁵⁷

Como se evidencia, essa interpretação utiliza a equiparação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que a pessoa jurídica comprova ser vulnerável frente ao outro contratante e o objeto de seu contrato esteja fora do âmbito de sua especialidade, aquele que comprova a sua exposição, a sua desigualdade ou o seu desconhecimento.

A chave de leitura do Código de Defesa do Consumidor é o amparo da vulnerabilidade. Essa vulnerabilidade deve ser entendida não apenas em seu sentido econômico, informação, cultura ou valor do contrato firmado, mas, dentre outros fatores, ela pode se caracterizar pela situação de dependência do produto,

determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 476428/SC**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390)

¹⁵⁶ BRASIL, STJ - REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012.

¹⁵⁷ Da necessidade de comprovada vulnerabilidade para a equiparação com consumidor, vê-se o seguinte acórdão: CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO.FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

[...] 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)

pela imposição do contrato, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, e até mesmo pela necessidade de obtenção do bem ou serviço.

A imposição de limites ao reconhecimento da pessoa jurídica como consumidora está em sincronismo com a axiologia constitucional, pois o objetivo da Constituição Federal é a proteção da dignidade humana, dos direitos da personalidade, enfim, dos valores concernentes à pessoa que no mercado de consumo atual está exposta constantemente.

A debilidade frente ao fornecedor é o ponto marcante da proteção jurídica do consumidor que acabou por reconhecer sua defesa como um direito fundamental. Daí advém a necessidade de se esclarecer sobre o significado da vulnerabilidade.

2.1.2 A vulnerabilidade do consumidor como tradução jurídica da igualdade na relação de consumo

A consagração do direito do consumidor na Constituição Federal, justifica-se pela necessidade de reconhecimento de proteção à parte mais fraca na relação de consumo, muito embora não exista expressamente menção à vulnerabilidade, só se fazendo presente no código consumerista, decorre implicitamente do princípio da igualdade – art. 5º, *caput*, da CF.

A vulnerabilidade é um sinal de necessidade de proteção. Assevera Antônio Carlos Efiging que “*a vulnerabilidade do consumidor para o regime jurídico do CDC é qualidade legal desta figura das relações de consumo, não é condição que possa ser objeto de interpretações reducionistas*”.¹⁵⁸

Como já mencionado em momento anterior, o motivo que ensejou a proteção do consumidor com um direito fundamental foi a concretização do princípio da igualdade material de tratamento “*para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco*”.¹⁵⁹

Afigura-se como expressão da isonomia constitucional a incidência da norma protetiva consumerista cuja vulnerabilidade é a matriz.

¹⁵⁸ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 74.

¹⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.373.

A ausência de equilíbrio das partes em uma relação de consumo decorre do fato de que no momento em que é apresentado o contrato nas condições ofertadas pelo fornecedor, ao consumidor, sem qualquer possibilidade de discussão sobre as cláusulas nele contidas, cabe apenas “pegar ou largar”,¹⁶⁰ sendo, portanto, presumida ou até evidente a desigualdade fática e jurídica entre aquele que oferece o contrato daquele que está em uma posição mais frágil.¹⁶¹

A vulnerabilidade é parte do princípio da igualdade com ele não se confundindo, pois, a “vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre sujeitos e situações”,¹⁶² representa mais um estado de risco que fragiliza o indivíduo e desequilibra a relação de consumo, “é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação dessas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento de igualdade e da justiça equitativa”.¹⁶³

Claudia Lima Marques defende que a vulnerabilidade subdivide-se em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional.¹⁶⁴

A vulnerabilidade técnica é a ausência de conhecimentos específicos sobre o bem que se está adquirindo, motivo este que impede avaliação exata, podendo ser facilmente enganado quanto às características ou utilidade do produto ou serviço.

A vulnerabilidade jurídica ou científica, nas palavras de Claudia Lima Marques, “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”.¹⁶⁵

¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.321.

¹⁶¹ Importante salientar o ensinamento de Marcelo Calixto no que tange à vulnerabilidade, defende o autor que: “A vulnerabilidade é o elemento que está na origem da formulação de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo também um requisito essencial para a conceituação deste. Não basta, com efeito, falar-se simplesmente em pessoa física ou jurídica (requisito subjetivo), nem que estas realizam uma destinação final do produto (requisito teleológico) que, no caso da pessoa jurídica e do profissional, seria a aquisição de um produto ou serviço fora de sua atividade principal. É de se ter em mente ainda a verificação, em concreto, da vulnerabilidade destes últimos para que seja aplicada a tutela especial do CDC e não do Código Civil. Assim, deve ser considerada consumidora a pessoa física que realiza a destinação final do produto, pois sua vulnerabilidade, normalmente econômica, é evidente e presumida frente ao fornecedor. No caso do profissional ou da pessoa jurídica consumidora, ainda que realizem a destinação final de um produto ou serviço por atuarem em campo estranho à sua atividade principal, é de se presumir a não-vulnerabilidade. O Poder Judiciário poderá, no entanto, considerá-los como consumidores se revelarem uma específica vulnerabilidade. Pensar de outra forma é tratar igualmente os desiguais, transformando-se uma tutela que deveria ser especial, visto que destinada a um grupo específico da sociedade, em tutela geral, ignorando-se, ainda, a existência de normas que se aplicam às relações entre iguais”. CALIXTO, Marcelo. Princípio da Vulnerabilidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.342.

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.323.

¹⁶³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.323.

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.324.

Vulnerabilidade fática ou socioeconômica, nessa espécie as luzes são lançadas sobre o fornecedor, o qual, em razão do seu poder econômico ou da essencialidade do serviço que presta, impõe sua superioridade a todos aqueles que dele dependem, ou melhor, a todos que com ele contratam.

Por fim, há a vulnerabilidade informativa, a qual Claudia Lima Marques afirma ser “intrínseca à relação de consumo”. Esta é o maior fator de desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, por ser este último o verdadeiro e único detentor da informação. Como bem ressalta a autora, a informação é “instrumento de defesa da dignidade humana”. Ainda, a “decisão de “in-formar” é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para outro, a informação”.¹⁶⁶

É a vulnerabilidade a razão de ser das leis que protegem o consumidor nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor indicou a existência de um “sujeito de direitos especiais” que é o consumidor, o qual foi constitucionalmente reconhecido como merecedor de uma proteção especial – art.48 do ADCT - e, para o amparo e efetivação de seus direitos, criou-se um conjunto de normas e princípios adjudicando ao Estado atuação neste sentido.

Assim sendo, como requisito permissivo da incidência do código consumerista, ao aplicador e intérprete da lei, diante do caso concreto, cabe a verificação da vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica e informacional) do sujeito, visto que, a valoração constitucional do direito de proteção ao consumidor como um direito humano fundamental, destacando a tutela dos legítimos interesses existenciais e patrimoniais da pessoa humana, decorre da busca pela igualdade substancial das partes e da intenção de equilibrar as relações de consumo.

2.2 O contrato de consumo como “ponto de encontro de direitos fundamentais”

Ao longo do século XX, a produção em massa e a concentração de capital¹⁶⁷ exigiram que o contrato e a autonomia privada fossem reestruturados, e a função social e o equilíbrio contratual passassem a integrar esta nova visão. Laerte Marrone

¹⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.327.

¹⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.336-337.

¹⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op.cit.p.35.

de Castro Sampaio esclarece que o “sistema de produção e de distribuição em grande quantidade fez que o comércio jurídico se despersonalizasse”.¹⁶⁸

Relata ainda adiante, que o

Estado deixa de ser agente somente garantidor das regras do jogo, para atuar ativamente nos domínios econômico e social, com o escopo de garantir direitos básicos do cidadão (chamados direitos de segunda geração). Edita leis visando a proteção dos economicamente mais fracos, cujas disposições não podem ser afastadas pelas partes contraentes.¹⁶⁹

Essa nova percepção de contrato só pode ser vista a partir da compreensão de que se tem uma nova espécie de sociedade, a sociedade de consumo, industrializada, com acesso à informação, sendo que os anseios sociais devem, de maneira imediata, usufruir de proteção do Estado.

José Carlos Vieira de Andrade ensina que:

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao Direito Privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.¹⁷⁰

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas. Superada a visão do Código Civil como a “Constituição do Direito Privado”, os princípios e valores constitucionais tornam-se a chave de leitura das relações privadas. Dissipando as rígidas fronteiras entre o público e o privado, o contrato passa a ser instrumento de realização de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Com a intervenção do Estado no domínio econômico-privado – sobretudo pelo dirigismo contratual – assim como, a constitucionalização dos princípios norteadores do contrato, fez com que o contrato represente um dos institutos mais

¹⁶⁸ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual Cadernos de Direito Privado**. Barueri: Manole, v. 1, 2004, p. 18-19.

¹⁶⁹ Op. Cit., p. 20-21.

¹⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op.cit p.272.

importantes do Direito Privado, em que o livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana emergem de maneira mais intensa com o escopo de realização dos direitos fundamentais como a igualdade, liberdade e dignidade humana.

Para a identificação do regime jurídico a ser aplicado ao contrato, impõe-se inicialmente saber se é de uma relação de consumo que se trata, uma relação jurídica qualificada, a qual servirá como uma linha divisória entre o direito civil ou comercial e o direito do consumidor.

Na relação contratual comum, parte-se da ideia de que existiu uma negociação prévia onde as partes convencionaram as cláusulas e que estão em paridade. No entanto, não é o que se tem no contrato de consumo, o que faz imprescindível a tutela jurídica de uma das partes, que é o consumidor.

Em se tratando a proteção do consumidor de um direito fundamental, reconhece-se como alvo deste direito a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF. A dignidade humana constitui um direito fundamental “linha-guia ou parâmetro para a aplicação, interpretação e concretização de todas as normas do ordenamento jurídico”.¹⁷¹ Decorre do reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos especiais a necessidade de se interpretar o contrato de forma diferente, de forma a proteger esse sujeito, mas não é só essa a consequência, observa-se também o direito à interpretação “conforme a Constituição”.

Enuncia o art. 5º, §1º, da Constituição que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Para Ingo Sarlet a melhor interpretação da norma contida neste dispositivo da Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho principiológico, contendo um mandado de otimização: o de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.¹⁷²

Deste modo, os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas, ora fazendo-se imediatamente aplicáveis, ora constituindo uma ordem objetiva de valores, cujos efeitos não se restringem às relações entre cidadãos e Estado, exigindo uma interpretação do Direito Privado conforme a Constituição. Trata-se de delimitar as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais.

¹⁷¹ Assim ensina Claudia Lima Marques, In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos...** 260.

¹⁷² SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**p.270.

2.2.1 Teoria da Eficácia Imediata

A teoria da eficácia imediata, também denominada teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung* ou *direkte Drittwirkung*), prescrita inicialmente por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner, dispõe que os direitos fundamentais não estão restritos à proteção da liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas incidem também nas relações dos particulares entre si, independente de seu poder e sua influência. A eficácia desses direitos não está condicionada à regulações legislativas específicas.

O fundamento dessa teoria é a quebra do papel do Estado como exclusivo adversário dos direitos fundamentais e a defesa do princípio da igualdade. Ainda que essa teoria deixe evidente que os direitos fundamentais são aplicados de maneira direta e imediata nas relações entre particulares, apresenta desdobramentos, denominados de versões “forte”, “intermediária” e “fraca”.

Explica Wilson Steinmetz:

Segundo a versão “forte”, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada; em uma expressão, eficácia absoluta. Essa versão é atribuída a Nipperdey. Conforme a versão “fraca”, os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre particulares, *sobretudo* nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, está um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, há uma versão “intermediária”, segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade.¹⁷³

Nessa linha, Ana Prata harmoniza-se à tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De acordo com a autora, no quadro da Constituição de Portugal, o qual se assenta sobre uma concepção substancial de igualdade e liberdade, e que se preocupa com a eliminação da exploração e da opressão do homem pelo homem, não teria sentido rejeitar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em nome da proteção da

¹⁷³ STEINMETZ, Wilson. Op.cit .p.169.

autonomia privada. Portanto, “as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária dos direitos constitucionalmente garantidos”, independentemente de qualquer mediação legislativa.¹⁷⁴

No Brasil, Ingo Sarlet é adepto da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, entendendo que há necessidade de vinculação direta *prima facie* aos direitos fundamentais. Adverte, porém, que não há uniformidade na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que exige decisão diferenciada, pautada na ponderação dos valores que estão presentes no caso de conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.¹⁷⁵

Os críticos da teoria da eficácia imediata acreditam que esta acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, ao ponto de aniquilar a autonomia do Direito Privado, ao se atender um direito fundamental em desfavor da liberdade individual.

Diante de tais considerações, é possível destacar que na teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais, defende-se que os direitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações estabelecidas entre particulares de maneira ampla e irrestrita, em face do postulado da força normativa da Constituição. Portanto, os direitos fundamentais não dependem de qualquer modificação para incidirem nas relações privadas.

2.2.2 Teoria da Eficácia Mediata

Noutro giro estão os adeptos da teoria da eficácia mediata ou indireta – a *Mittelbare Drittwirkung* - os quais, ainda que admitam a horizontalidade dos direitos fundamentais, defendem que esses direitos não incidem nas relações particulares como direitos subjetivos constitucionais e, sim, como normas objetivas de princípio, como sistema de valores, carecendo de mecanismos de intermediação.

Ao ser aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth* em 1958, a teoria ganhou repercussão. Defendia o precursor da tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais, Günther Dürig, que ao se aplicar esses direitos de maneira

¹⁷⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137-138.

¹⁷⁵ SARLET, **A eficácia...**, p.382-383.

direta nas relações particulares se estaria a afrontar o princípio da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, dispostos na Lei Fundamental de Bonn.

Acenada teoria sustenta a necessidade de uma intervenção por parte do legislador ou dos juízes para permitir que normas jusfundamentais ingressem no Direito Privado. Para que a autonomia privada não seja aniquilada, desconsidera-se que os direitos fundamentais sejam oponíveis como direitos subjetivos, mostrando-se imprescindível a atuação do legislador e, no caso de sua ausência, do magistrado.¹⁷⁶

Implica dizer que essa teoria, de acordo com seu precursor Dürig, defende a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais em se tratando de relações privadas, fato esse não admitido em se tratando de relações firmadas com o Estado. Um direito geral de liberdade era o ponto de partida da teoria, liberdade para “desviar” a aplicabilidade de direitos fundamentais ou de sua prevalência sobre as convenções das partes.

Com efeito, só o indivíduo é titular de direitos fundamentais nas relações com o Estado, e este é destinatário das normas que vinculam de maneira imediata o poder estatal. Assim sendo, os direitos fundamentais não podem incidir de maneira direta e imediata de acordo com essa teoria. Quer-se afirmar que *“nas relações contratuais, os direitos fundamentais, que nas relações indivíduo/Estado são aplicados diretamente, poderiam ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual”*.¹⁷⁷

Konrad Hesse esclarece que

[...] em um conflito jurídico entre privados *todos* os interessados gozam da proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na relação do cidadão com o Estado tal tutela não corresponde ao poder público.¹⁷⁸

Nesta esteira, como nas relações entre particulares todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais, a forma, o alcance destes direitos, de acordo com essa teoria, deveria ser diverso daquele aplicado nas relações entre o indivíduo e o

¹⁷⁶ PINHEIRO, op. cit., .p.64.

¹⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 201, .p.75-76.

¹⁷⁸ Hesse *apud* STEINMETZ, op. cit., p.140.

Estado. Porquanto, caso assim não se procedesse, ocorreria certamente um cerceamento da liberdade e um engessamento das relações entre particulares.

Em análise da teoria mediata dos direitos fundamentais, entende-se que é de competência do legislador ao criar a lei de Direito Privado e ao magistrado, ao julgar o caso concreto, fazerem a ponderação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.¹⁷⁹

Do ponto de vista de Ingo Sarlet:

[...] a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das 'cláusulas gerais' e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.¹⁸⁰

Para essa corrente doutrinária, a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações interprivadas ocorreria por meio de normas de Direito Privado. Portanto, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, incumbe ao legislador ou ao juiz, a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por intermédio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que são consideradas como pontes que irradiam os direitos fundamentais como um sistema de valores no Direito Privado.

2.2.3 Teoria dos Deveres de Proteção

¹⁷⁹ Destaca Hesse que nos casos de colisão de direitos fundamentais entre particulares “[...] ao Direito Civil corresponde assim a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em consideração”. (*apud* STEINMETZ, op. cit., p.141)

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** ____ (org) **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 125.

A teoria dos deveres de proteção – *Schutzpflichten* - surge como uma terceira via de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, impondo ao Estado não só a obrigação de proteger os titulares desses direitos de lesões e ameaças, mas, também, de abster-se da violação dos direitos fundamentais.

Canaris foi precursor desta teoria, o qual, a partir da decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth, critica tal atuação, asseverando que ocorreu apenas uma “eficácia de irradiação dos direitos fundamentais” no âmbito das relações privadas.¹⁸¹ Sua proposta visa responder a questão de com que função se aplica os direitos fundamentais?¹⁸² Trata-se da ideia baseada na distinção das “funções” dos direitos fundamentais como direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado).

Ingo Sarlet leciona que

[...] com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]

Ressalta ainda esse doutrinador que, na doutrina germânica, o dever de proteção, em sua essência, está associado aos direitos fundamentais de proteção ao meio ambiente, à vida e à integridade física (saúde). Ao se voltar as atenções para o cenário jurídico brasileiro, o dever geral de proteção decorreria expressamente do art. 5º, *caput*, refletindo-se na proteção do consumidor na forma lei (art. 5º, XXXII).¹⁸³ A conduta comissiva do Estado decorre do monopólio estatal, no que tange à proibição de autotutela e, conseqüentemente, atribui ao Poder Público o dever de proteção ao cidadão de qualquer infração de seus direitos seja por parte do Estado ou dos particulares.

¹⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006, p. 43.

¹⁸² CANARIS, op. cit., p. 236

¹⁸³ SARLET. **A Eficácia...**, p 149.

A valorização dos direitos fundamentais como normas de direito objetivo, decorre daquilo que foi denominado como mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*), ocorrida principalmente pela transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, bem como pela falência da ideia de que a garantia de liberdade efetiva para todos os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de defesa, era suficiente.¹⁸⁴

Desta feita, a Constituição Federal ao reconhecer o consumidor como digno de proteção diferenciada ante a sua vulnerabilidade, assumiu um dever de proteção geral na busca da garantia de que o consumidor terá seu direito de autodeterminação nas relações privadas garantido.¹⁸⁵ A teoria dos deveres de proteção outorga um tratamento diverso, sob o ponto de vista do direito privado, aos direitos fundamentais - uma ideia de dever genérico de proteção fundada nos direitos fundamentais - que passa a exigir “uma conduta positiva do Estado, no sentido de impor um efetivo dever de proteção, obrigando-o a intervir ora de forma preventiva, ora repressiva, na hipótese de agressão proveniente de particular”.¹⁸⁶

O Código de Defesa do Consumidor contém várias normatizações cujo escopo é de cumprir o mandamento constitucional de proteção do consumidor. Assim, manter a “eficácia diária das disposições do Código de Defesa do Consumidor, é, pois, manter a eficácia da própria Constituição, eis que o Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que a concretização legislativa de um direito fundamental”.¹⁸⁷

Atualmente, a relevância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é proeminente. O Estado tem papel duplo: de protetor e mediador das relações privadas, diante do fato dos indivíduos envolvidos em uma relação de consumo pertencerem os mesmos direitos fundamentais e, conseqüentemente, poderem ser titulares de direitos bem como violadores de direitos fundamentais. Daí advém a afirmação de que a eficácia dos direitos fundamentais não se dá apenas entre Estado e cidadão, mas, ainda, entre os cidadãos.

¹⁸⁴ SARLET. **A Eficácia...**, p.151.

¹⁸⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul-set, 2009, p. 149.

¹⁸⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Os direitos fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia: breves considerações.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n.65, p. 162-191, jan.-mar./ 2008. p.175

¹⁸⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **A proteção...**,p.156.

Estando reconhecido que os particulares também estão vinculados aos direitos fundamentais nas relações que travam com outros sujeitos privados, a legitimação do controle do conteúdo dos contratos entre os indivíduos, com base nos princípios constitucionais, dentre os quais o da igualdade e da dignidade humana, é uma consequência.

2.3 Os princípios contratuais nas relações de consumo: em direção à proibição de discriminação

Nos séculos XVIII e XIX, ao contrato era imputado o caráter de fonte de obrigações por excelência, sem que houvesse qualquer preocupação com as desigualdades das partes, triunfava a autonomia da vontade naquele contexto individualista.

O contrato, em linhas gerais, possuía como alicerce quatro princípios: princípio da autonomia da vontade (liberdade contratual), princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), princípio da relatividade dos efeitos dos contratos às partes contratantes e o princípio do consensualismo.

O desenvolvimento econômico, tecnológico, o avanço nas informações e, conseqüentemente, o aumento das contratações em massa, impuseram mudanças nos contratos. As alterações no contrato se deram ao fato de que a vida contratual se mostrou cada vez mais intensa e massificada, também pela mudança na economia agrária para a industrial e capitalista criando uma sociedade de consumo e, ainda, pela intervenção dos poderes públicos, chamados a retificar e a reger as forças sociais e econômicas implicando na institucionalização dos contratos e na intervenção legislativa nesta seara antes afeta à autonomia da vontade.¹⁸⁸

Como resposta a essa nova realidade superou-se o dogma da autonomia da vontade e a obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) que tinham como pressuposto a igualdade formal dos contraentes, para dar espaço a novos deveres jurídicos que não estão vinculados à vontade, o que desencadeou em uma nova teoria contratual.

¹⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.267.

As transformações que atingiram a autonomia da vontade e a imutabilidade do contrato - preceitos quase absolutos no Estado de Direito Liberal, os quais, como afirma Paulo Neves Soto, acabaram por distorcer o sentido da liberdade da vontade e funcionavam como um meio de “escravidão” da parte débil – vêm em busca de um novo modelo contratual que reconhece as desigualdades,¹⁸⁹ não só econômicas como as sociais.¹⁹⁰

A Constituição Federal e o Código Civil efetivaram uma releitura do contrato que acabou por desencadear em mudanças no direito contratual e a inserção dos princípios sociais da função social do contrato, da boa-fé e da equivalência material ou justiça contratual substancial.

Nada obstante, importante que se enfatize que os princípios sociais do contrato, corolários do Estado Moderno, não eliminaram os princípios que predominavam no Estado de Direito Liberal apenas amiudaram sua aplicação.

O Direito Privado, além das transformações ocorridas em vários setores, teve muitas de suas matérias, antes só tratadas pelo Direito Civil, elevadas à Constituição Federal o que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito Civil.

Especificamente no Código de Defesa do Consumidor, tem-se princípios relacionados ao sistema nacional de consumo que, obliquamente, também se referem aos contratos podendo ser agrupados de acordo com a classificação dos princípios sociais. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o art. 4º, inc.III, prevê a “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”. Deste excerto se pode extrair, de maneira

¹⁸⁹ Interessante destacar a nota de rodapé trazida por Paulo Neves Soto que cita o ensinamento de Pietro Perlingieri: “Os organismos de Estados governamentais nacionais e internacionais nesta nova ordem devem buscar exercer os direitos da pessoa de forma efetiva. Só assim chegaremos ao desenvolvimento da pessoa humana e de sua dignidade. O Estado, hoje, para ela se vira. Num mundo que atualmente se caracteriza por abissais injustiças sociais (gerando, inclusive, esta sorte de conflitos), falar nos direitos do ser humano pode ser um bom exercício teórico, mas de pouca valia prática. Deve haver engenheiro locais (constitucionais) para proporcionarem a organização do Estado Social no sentido de fazer efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana. A fundamentação da distinção entre norte e sul, englobando as cidades e países do mundo, não é só entre quem tem e quem não tem riquezas. É possível fazer quem tem barriga cheia ter barriga vazia, mas outro erro mais grave, qual seja, a ignorância. Se não realizarmos a liberdade da ignorância dificilmente conseguiremos realizar a liberdade da realidade. [...]”. PERLINGIERI, Pietro. **Normas constitucionais nas relações privadas**. p.74 *apud* SOTO, Paulo Neves. **Novos Perfis do Direito Contratual**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo, et.al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.p.247-265.p.252. nota de rodapé 5.

¹⁹⁰ SOTO, Paulo Neves. Op.cit.p.252.

implícita, a referência à função social do contrato. Já o princípio da boa-fé está contido na exigência de “transparência”, “boa-fé” e “informação”. Por fim, o princípio da equivalência material remete à “vulnerabilidade”, “harmonização de interesses” e “equilíbrio nas relações”.¹⁹¹

Em linhas gerais, com a despersonalização da obrigação e a crescente contratação em série, os sujeitos que participam da relação jurídica passam a ser meros aderentes, que, necessitados dos bens oferecidos pelo fornecedor, se submetem às cláusulas injustas pelo fato de não poderem participar da elaboração do conteúdo do contrato.

Assim, essa constitucionalização do Direito Privado e a inserção dos princípios sociais do contrato são o reconhecimento da eficácia das normas constitucionais nas relações privadas cujo fundamento está pautado na dignidade humana.

2.3.1 Função social do contrato

Durante o tempo em que a sociedade agrária era prevalente, os bens de raiz significavam poder econômico e a propriedade dos bens de consumo era de grande relevância. A expressão mais importante da função social estava relacionada ao direito à propriedade, e ao Estado cabia, casualmente, restringir esse direito de maneira específica podendo submeter a propriedade ao interesse público (é o caso das desapropriações).

Assim, no Brasil, a função social da empresa emana da função social da propriedade,¹⁹² prevista no art. 5º, XXII e no art. 170, III, CF, trata-se do princípio orientador da “regulamentação externa” dos interesses da empresa irradiando, dentre outros ramos do direito, no direito do consumidor. A necessidade de impor deveres positivos à empresa a fim de reequilibrar as relações sociais desiguais – a chamada concepção social intervencionista - decorre da constatação de sua

¹⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

¹⁹² Paulo Luiz Netto Lôbo menciona que a “propriedade é o segmento estático da atividade econômica enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

influência sobre o meio que atua. Nesse contexto, a nova disciplina sobre os vícios do produto, disciplinada no art. 18 da lei consumerista, simboliza um complemento a garantia contratual com uma garantia disposta na lei visando o benefício do consumidor.¹⁹³

Na teoria constitucional, constatou-se a necessidade de ampliar o conceito de função social e a empresa passa a ser o eixo principal do sistema econômico, dominando de forma crescente as relações sociais. Importa salientar que, quando se admitiu a extensão da função social para a empresa, no que tange à teoria constitucional, justificou-se a prerrogativa de direitos fundamentais às pessoas jurídicas.¹⁹⁴

Ao propagar-se o reconhecimento do princípio da função social à empresa, como forma de acumulação de riquezas e propagação de sua função, acabou-se por determinar que toda e qualquer relação civil também será atingida por este princípio. É o que se conclui do art. 421 do Código Civil quanto à função social do contrato, alastrando-se a ideia de que deve atuar como forma de proteção aos efeitos externos que venha a produzir frente a terceiros ou a própria sociedade é, em verdade, a projeção de eficácia para além dos contornos do contrato.

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor possuem muitos pontos em comum, principalmente no que se refere à tentativa de distanciar o ideário individualista contido no Estado de Direito Liberal.

A limitação da liberdade contratual representa o próprio fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, por intermédio da interferência do Estado nas relações particulares em prol das exigências do bem comum.

Desta feita, a doutrina da função social surge como forma de atender aos ditames de interesse coletivo sobrepondo-o ao interesse de caráter individualista, na busca de igualar os sujeitos de direito.

O princípio da função social do contrato ordena que os interesses individuais estejam em conformidade com os interesses sociais e, que, quando estes estiverem

¹⁹³ FILHO, Calixto Salomão. **Função Social do Contrato**. Revista dos Tribunais. RT 823/67.maio/2004. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). **Contratos: Princípios e Limites**. v.III.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.655-681.p.656-657.

¹⁹⁴ Calixto Salomão Filho aduz que “no direito alemão o reconhecimento e atribuição da liberdade de associação à pessoa jurídica (como forma de proteção contra a dissolução imotivada) tem historicamente como contrapartida o reconhecimento de sua função social”. FILHO, Calixto Salomão.Op.cit.p.656.

presentes, devem prevalecer sobre os individuais das partes do contrato, porque qualquer contrato possui repercussão no ambiente social “ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico”.¹⁹⁵

No Código Civil a função social está atrelada à liberdade contratual ou à autonomia privada como princípios ambivalentes que precisam de aplicação harmônica. Em verdade, a liberdade contratual é uma cláusula geral disposta no código cujo sentido cabe ao intérprete desvendar.

Ainda, a função social não significa um simples limite externo ou negativo e, sim, limite positivo, além de determinação de conteúdo da liberdade de contratar. Esse sentido que se retira da expressão contida no art. 461: “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹⁹⁶ A funcionalização é da liberdade de contratar e não o contrato.

Assim sendo, a função social imputa ao contrato a obrigação de ser um instrumento de negociação, de circulação de riquezas como elemento fundamental da economia em uma sociedade, e não de opressão. O art. 421 do Código Civil é uma cláusula geral restritiva e regulativa, é a expressão do poder do Estado em busca da igualdade das partes. A igualdade e a boa-fé são ferramentas que a lei coloca à disposição do intérprete para mitigar a liberdade contratual em busca da proteção do mais fraco e, principalmente, para a proteção dos direitos fundamentais.

2.3.2 A boa-fé como “novo paradigma das relações de consumo”

Considerado na atualidade como um dos princípios basilares das relações contratuais, o princípio da ‘boa-fé objetiva’ leva a efeito a busca pelo equilíbrio e equidade contratual, passando o direito a valorizar o nexo entre as prestações, o sinalagma contratual.¹⁹⁷

¹⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

¹⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

¹⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.290.

Somente com a inserção no ordenamento jurídico do Código de Defesa do Consumidor é que se contemplou de maneira explícita a boa-fé. Nesse diploma é possível constatar a cláusula da boa-fé em dois enunciados: o primeiro previsto no art. 4º, III, relaciona-se a uma linha teleológica de interpretação que assim dispõe: “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”; e, o segundo, uma cláusula geral que positiva deveres anexos às relações contratuais no art. 51, IV: “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”.

Também assim procedeu o Código Civil que, considerando a lealdade e confiança que as partes depositam no contrato, vedando a intenção de prejudicar, incluiu, o princípio ora em análise no art. 422.

Nesse contexto, Ronnie Preuss Duarte entende que a boa-fé pode se tripartir em: i) dever geral absoluto de conduta, de acordo com o art. 187, do Código Civil; ii) dever relativo ou contratual de conduta, conforme o art. 422 do Código Civil; e, iii) protótipo para a interpretação dos contratos, art. 113, do Código Civil.¹⁹⁸

Mencione-se que às relações privadas aplica-se a ‘cláusula geral de boa-fé’ contida no inciso IV do art. 51, a qual proíbe qualquer emprego de cláusula abusiva nos contratos de consumo, eivando de nulidade a cláusula ou até mesmo o contrato nessas condições.

Mas, a lei não define a ‘boa-fé’. Judith Martins-Costa leciona que ao magistrado, para determinar a premissa, cabe analisar o que a sociedade onde vive entende como inconciliável com a boa-fé. A partir disso, aplicará a norma que já está pré-configurada na lei ficando, ainda, responsável pelo “preenchimento do conceito

¹⁹⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil**. Revista dos Tribunais. RT 817/50. nov 2003. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). **Contratos: Princípios e Limites**. v.III.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.889-927.p.893.

de “boa-fé”¹⁹⁹. É de se ressaltar a grande esfera de ação do julgador, pois, acaba por criar o direito,²⁰⁰ “ao completar a *fattispecie* e ao determinar e graduar as consequências”,²⁰¹ sendo responsável pelo desenvolvimento do conteúdo da boa-fé. No entanto, a cláusula geral da boa-fé exige conhecimento por parte do julgador e não um ato de vontade a fim de evitar seu total subjetivismo.²⁰²

A doutrina procura distinguir boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva é uma condição psicológica do sujeito que possui íntima convicção de estar agindo de acordo com seu direito de forma a não prejudicar o outro contratante, portanto, corresponde à uma ideia de crença errônea, no fato de ignorar a prática de lesão contra direito de outrem. É chamada subjetiva por tratar da intenção do sujeito, ao seu convencimento de estar agindo de maneira correta.

Logo, a boa-fé objetiva está relacionada a uma regra de conduta nos parâmetros da lealdade, da confiança, da observância de determinados deveres às partes contratantes.²⁰³ A tutela da confiança é um princípio de efetiva solidificação da boa-fé da parte que contratou um negócio confiando na atitude, na existência de certas qualidades pessoais ou dos bens, nas promessas de outrem, não podendo o direito “ficar indiferente à eventual frustração dessa confiança”.²⁰⁴

Conforme Claudia Lima Marques:

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op.cit.p.327-328.

²⁰⁰ Afirma Judith Martins-Costa que “Pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de “catálogos de casos” em que foi similar a *ratio decidendi*, podendo estes se expressarem inclusive através de súmulas. Estes casos serão reconduzidos à cláusula geral que veda o comportamento contrário à boa-fé, adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares (“norma geral”). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas consequências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos”. (grifos no original) MARTINS-COSTA, Judith.Op.cit..p.331.

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith.Op.cit.p.330.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Op.cit.p.336.

²⁰³ MARTINS-COSTA, Judith Op.cit.p.411-412.

²⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.p.63. In:DUARTE, Ronnie Preuss.Op.cit..p.908.

À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes.²⁰⁵

Para o contrato, valorizado em sua concepção social pela nova teoria contratual, é a vertente objetiva que possui relevância, visto que “a boa-fé, enquanto integradora da obrigação textualmente assumida no contrato, impõe ao devedor que faça não apenas aquilo que tenha se comprometido, mas tudo aquilo que é necessário para fazer garantir à contraparte o pleno resultado útil da prestação devida”.²⁰⁶

Em outras palavras, contrato justo, na atualidade, é que aquele que é firmado de acordo com a igualdade substancial das partes não podendo mais se privilegiar, de forma irrestrita, a vontade do indivíduo. O princípio da boa-fé objetiva é corolário da proteção à dignidade humana, uma vez que, avaliando os resultados do contrato, busca atender às legítimas expectativas daquele que contrata e se preocupando a atuação refletida das partes, com os efeitos do contrato na sociedade.

É de se notar, que o princípio da boa-fé objetiva poderá atuar em todas as fases do contrato e encontra respaldo constitucional no princípio da dignidade humana, quando, considerando as desigualdades - econômica, social e até intelectual - determina que os atos de liberdade das partes, independente da situação de desequilíbrio que vivem na sociedade, e em defesa da confiança do consumidor e respeito à pessoa em si, estejam equilibrados pela tutela jurídica.²⁰⁷

²⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**....p.210.

²⁰⁶ BETTI, Emilio. Teoria generale dele obbligazioni. Milão: Giuffrè, 1953.vol.1,p.94./n: DUARTE, Ronnie Preuss.Op.cit.p.911.

²⁰⁷ SOTO, Paulo Neves. Novos Perfis do Direito Contratual.In:RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo, et.al. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.p.247-265.p.263.

2.3.3 Justiça contratual substancial

É imprescindível que em uma relação jurídica exista o equilíbrio entre direitos e deveres das partes contratantes, antes, durante e após sua execução, para que se efetive a justiça contratual.

O princípio da obrigatoriedade incondicionada do cumprimento do contrato da forma como foi celebrado – *pacta sunt servanda* -, não tem mais espaço, deve, atualmente, ser entendido no sentido de obrigatoriedade das partes dentro dos limites do equilíbrio dos direitos e deveres dos contratantes.²⁰⁸

Dois são os aspectos do princípio em estudo: aspecto subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo está atrelado à igualdade de oportunidades no momento da contratação, presumindo a vulnerabilidade de um dos contratantes frente ao outro. Ao aspecto objetivo importa o efetivo equilíbrio do contrato, a realidade sobre os direitos e deveres de cada um a fim de evitar que se exista onerosidade excessiva para uma das partes.

O princípio da justiça contratual ou da equivalência material envolve o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes, infringindo “a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal” existente no período do liberalismo. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o contrato fazia lei entre as partes que eram consideradas formalmente iguais e, devido a isso, o juiz estava impedido de considerar a desigualdade de poderes, direitos e deveres das partes sendo irrelevante o abuso ou qualquer espécie de exploração da parte mais vulnerável.²⁰⁹ A vontade livremente manifestada era sinônimo de justiça.

Nos dias atuais, os contratos devem conter um equilíbrio sinalagmático entre as partes, equilíbrio este que ocorre na medida em que as prestações são cumpridas reciprocamente. Neste sentir, a equivalência²¹⁰ das prestações – que não

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

²⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

²¹⁰ De acordo com Ruy Rosado Aguiar Junior, como efeito do princípio da equivalência pode-se citar: “a regra sobre cumprimento simultâneo; a indenização pela mora; a exceção de não cumprimento; a onerosidade excessiva; o abuso de direito; o enriquecimento sem causa e a revisão do valor da prestação”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O princípio da igualdade e direito das obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). **O direito e o tempo: embates jurídicos e**

se confundindo com a igualdade de objetos - é decorrente do princípio da igualdade, e se projeta em um nível superior ao equilíbrio sinalagmático com ele não se confundindo, e se perfaz quando satisfeita a bilateralidade e se a prestação cumprida satisfizer a exigência de igualdade relativa entre as prestações. Destarte, a equivalência de bens se apresenta como uma exigência de justiça, a pessoa recebe equivalente ao que ela paga/oferece.²¹¹

Na busca pelo equilíbrio da relação contratual, o contrato passou a ser visto pelos efeitos que pode produzir entre as partes e perante a sociedade do que pela expressão de vontade das partes. Sob a influência dos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da justiça, os princípios clássicos dos contratos ganharam novos contornos e as transformações sociais exigiram a proteção legal dos mais vulneráveis o que acabou por provocar a intervenção estatal nos assuntos privados. Por conseguinte, toda a discussão converge para a concepção de contrato de consumo como “ponto de encontro de direitos fundamentais”.

3 A PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio ideológico âmago do modelo liberal no século XIX, era o princípio da liberdade. Liberdade ilimitada de contratar ou não contratar, de dispor sobre as cláusulas regentes daquela avença, gerava, em contrapartida, a responsabilidade ilimitada com o cumprimento daquilo que se obrigou, caracteriza um vínculo tão forte que se equiparava à lei, era a lei entre as partes. Neste modelo, não havia qualquer espaço para a questão da intrínseca igualdade, da efetiva justiça contratual, o que fora pactuado no contrato era o justo.²¹²

A limitação à liberdade era negativa, identificada como o poder de se praticar o negócio , segundo o livre arbítrio das partes, apenas devia-se respeito à lei, não se admitia a limitação positiva à liberdade, a determinação de limites à vontade das partes. A igualdade que importava era a formal, representada pela igualdade perante a lei e uma ampla liberdade, isenta de vícios.

Contudo, a igualdade jurídica ou formal entre os contratantes, diante das transformações da sociedade capitalista, mostrou-se insuficiente e, como bem assinala Enzo Roppo:

[...] esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente - gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de forma económica-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão de sua força de trabalho.²¹³

Diante deste contexto, as desigualdades substanciais se exacerbaram e o surgimento de uma sociedade industrializada chamou a atenção para a incidência dos direitos fundamentais. o direito constitucional ganha destaque vinculando todo o ordenamento jurídico e incidindo, inclusive, nas relações privadas.

A Constituição Federal confere limites à liberdade contratual como forma de garantir, dentre outros direitos, a igualdade substancial das partes contratantes. Realça-se a importância da proteção do consumidor, inserindo-a no rol dos direitos e

²¹² ROPPO, Enzo. Op.cit.p. 35.

²¹³ ROPPO, Enzo. Op.cit.p.37.

garantias fundamentais, bem como a existência de código para tutelar, de maneira especial, esse sujeito vulnerável.

A diligência pelo equilíbrio contratual nas relações de consumo é verificada nos tribunais brasileiros em diversas situações,²¹⁴ mas, é importante frisar que não se objetiva o aniquilamento da liberdade contratual, e, sim, sua adequação à realidade fática de desigualdade existente, pois só assim se estará garantindo a observância dos princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia.

3.1 Da experiência europeia para o direito brasileiro: o princípio da proibição de discriminação

A definição do que seja discriminação não é realmente uma tarefa fácil. Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi a primeira a trazer a palavra discriminação em seu texto, um documento de alcance internacional, prevendo o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais a todos os seres humanos, sem qualquer espécie de distinção – art. 2º, §1º.

A partir da declaração universal a expressão discriminação passou a ser utilizada em outros documentos internacionais tornando-se uma preocupação mundial a sua eliminação (Convenções da OIT e da ONU).

A luta contra as situações de discriminação se instaurou em diversas Constituições depois da Segunda Guerra Mundial. O tema discriminação era desconhecido no direito civil, salvo quando a atuação do sujeito supunha uma vulnerabilidade de outro ou de alguns de seus direitos fundamentais aí se estava diante do que a doutrina constitucional denominou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A vista disso, importa no âmbito contratual, situar a existência do princípio da não discriminação no Direito Privado Europeu. Inicia-se pela análise da proteção contra discriminação nas Diretivas da União Europeia principalmente sua inclusão no ordenamento jurídico espanhol e alemão, sendo as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE relativas a proibição de discriminação, que merecem destaque no

²¹⁴ Nesse sentido pode-se citar o caso em seguradora que assume risco de cobrir tratamento de moléstia e, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, estabelecendo um valor máximo para as despesas hospitalares (REsp 725750).

presente trabalho. De acordo com Ariadna Aguilera Rull, referidas diretivas inovam o campo da dimensão objetiva de proibição de discriminação que alcançam e, ainda, dispõem sobre as sanções que são aplicáveis nesses casos.²¹⁵

Francisco J. Infante Ruiz ressalta que, do ponto de vista normativo, as diretivas oferecem definições concretas da discriminação direta e indireta.²¹⁶

A Diretiva 2000/43/CE dispõe em seu artigo 22 que “existirá discriminação direta quando, por motivos de origem racial e étnica, uma pessoa seja tratada de maneira menos favorável do que o seja, tenha sido ou vá ser tratada em situação comparável”; “artigo 2 a) da Diretiva 2004/113/CE: “discriminação direta”: a situação em que uma pessoa seja tratada de maneira menos favorável do que o seja, tenha sido ou vá ser tratada em situação comparável, por razão de sexo”.

Assim, a discriminação direta, da forma preconizada no art. 2º da Diretiva 2004/113/CE, tem sua ocorrência reconhecida quando uma pessoa recebe um tratamento diferenciado, de caráter menos favorável, “daquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dispensado a outra pessoa em uma situação comparável” em razão dos sinais discriminatórios que porta. A proteção aqui é ao indivíduo em si.²¹⁷

Na discriminação indireta a proteção é direcionada ao grupo e ocorre quando, de maneira aparentemente neutra, disposições, critérios ou atitudes, colocam um grupo de pessoas em desvantagem em face de outro, salvo se o critério ou prática possam ser justificados objetivamente com uma finalidade legítima e os meios para obtenção deste fim sejam adequados e necessários.²¹⁸

Ariadna Aguilera Rull destaca que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apreciou, entre tantos, um caso que configurou discriminação indireta. Trata-se de caso que envolvia os trabalhadores de meia jornada porque estes recebiam remuneração mais baixa além de outras desvantagens e, verificou-se que se tratavam, na grande maioria, de mulheres que se dividiam entre o trabalho e o cuidado dos filhos, percebeu-se, então, que o objetivo era de desincentivar o trabalho por parte das mulheres. Mas, para configurar um caso de discriminação

²¹⁵ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición de discriminación y libertad de contratación**. Barcelona, fevereiro/2009. Revista InDret 1/2009.p.5.

²¹⁶ RUIZ, Francisco J Infante. **La protección contra la discriminación mediante el derecho privado**. Barcelona, abril de 2008.p.6-7. InDret Revista para el análisis del derecho.

²¹⁷ Jorge Cesa Ferreira da Silva esclarece que o catálogo de sinais existentes na Alemanha é fechado, enquanto, no Brasil, é aberto. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.403.

²¹⁸ Directiva 2004/113/CE, art. 2 b.

indireta, ressalta a autora que “no basta esa afectación distinta, debe darse también un elemento adicional, que consiste en la falta de justificación de dicha diferencia”.²¹⁹ Assim, para configurar a discriminação indireta é preciso que se associe a situação fática com a falta de justificativa para aquela decisão.

Não há como desprezar a relevância do novo direito antidiscriminatório, a necessidade de proteção contra a discriminação em um sistema jurídico, que de maneira efetiva tem se manifestado no direito comunitário que estão integrando em seu ordenamento a nova concepção do ‘principio da não discriminação’. Atualmente esse princípio não se restringe às questões laborais ou de emprego, mas se prolonga ao direito contratual.²²⁰

No que tange ao acesso a bens e serviços ressalta ainda a autora que também se pode vislumbrar casos de decisões aparentemente neutras que ensejam a discriminação indireta. Cita como exemplo a exigência afeta aos estrangeiros de apresentar seu contrato de trabalho como uma das condições para que possam alugar um imóvel e também a dificuldade de acesso à locação por parte das famílias monoparentais, o que ataca de maneira direta as mulheres, pois são elas que na grande maioria ficam com a guarda e responsabilidade sobre os filhos depois da ruptura de um relacionamento.²²¹

Sobrepõe-se ainda para a caracterização da discriminação indireta a exigência de uma “situação de desvantagem particular”, prevista pela Diretiva 97/80/CE. Em se tratando de discriminação de gênero a situação aparentemente neutra de desvantagem é verificada quando o número de mulheres atingidas é maior que dos homens. Não importa aqui apenas evitar a exclusão do grupo em si, mas a garantia da integridade dos membros que o compõem.

Nesse passo, as Diretivas Europeias que tratam sobre antidiscriminação ganham espaço despertando o interesse de estudiosos para o tema.²²² Desde 1975 a Comunidade Europeia elabora diretivas contra a discriminação por razão do sexo

²¹⁹ RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público**. Tese de Doutorado. <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/31874/taa.pdf> . Acesso em 29 de janeiro de 2013.p.170.

²²⁰ RUIZ, Francisco J. Infante. **El desarrollo de la prohibición de no discriminar em el derecho de contratos y su consideración em la jurisprudência**. In: Revista de Derecho Patrimonial. Número 30, 1-2013. Editorial Aranzadi. p. 2.

²²¹ RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación....**p.178.

²²² RUIZ, Francisco J. Infante. **La protección contra la discriminación mediante el derecho privado**. Barcelona, abril de 2008. InDret Revista para el análisis del derecho p.4-5.

no âmbito trabalhista. Em 1999 em razão da nova perspectiva constitucional, a Comissão Europeia apresentou três propostas legislativas para combater toda e qualquer discriminação decorrente de raça, etnia, idade, religião ou convicção e orientação sexual. Diante desse fato, a União Europeia pode promulgar duas diretivas afetas a proteção do indivíduo contra discriminação por razão da etnia, raça, idade ou orientação sexual (Diretiva 2000/43/CE) e por motivos de religião ou crenças, idade e orientação sexual (Diretiva 2000/78/CE). Posteriormente, vieram mais duas diretivas, a 2002/73 e a 76/297/CE, que tratavam da igualdade nas relações entre homens e mulheres no que concerne ao acesso ao emprego, a formação, promoção e condições de trabalho. A Diretiva 2004/113/CE aplica o princípio da igualdade entre homens e mulheres no acesso aos bens e serviços e estende a exigência de igualdade a todas as relações contratuais privadas.²²³

As Diretivas se destacam por traçarem tendências a serem seguidas pelo direito comunitário. São preceitos que orientam os Estados para a criação de normas e acabam por delinear um conceito de discriminação legitimando a aplicação de ações positivas de acordo com o princípio da igualdade substancial.

A Comunidade Europeia, por intermédio de duas diretivas, instituiu o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de raça ou etnia e a realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE, respectivamente.

Ariadna Aguilera Rull afirma que aplicação de proibição de acesso a bens e serviços é um ato ilegal.²²⁴ Defende a autora que discriminação em razão de origens raciais e étnicas são as mais odiosas, mais que outras formas de discriminação, como pelo sexo. Essas condutas discriminatórias são observáveis por conterem uma transcendência social, influenciarem uma massa coletiva.

Relata, ainda, a autora, que no caso da contratação de seguros de vida, de automóvel e de assistência médica, as diferenciações por razão de origem racial idade e sexo compõem o feixe de critérios adotados para a contratação. O segurador busca garantir que os prêmios que pagará ao segurado estão em consonância com os riscos que oferece. Para isso o segurador utiliza de indicadores

²²³ RUIZ, Francisco J. Infante. **El desarrollo...** p.5-6.

²²⁴ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...**p.8.

de riscos que, de acordo com estatísticas, nortearão o contrato. No caso dos seguros de vida e assistência à saúde os hábitos da pessoa, as enfermidades anteriores, a profissão e nos de seguros de automóveis a idade do condutor, o modelo do veículo, a potência do motor, a experiência do condutor são considerados indicadores neutros do ponto de vista do direito antidiscriminatório.²²⁵

Todavia, as seguradoras também levam em conta o sexo do segurado para decidir se contratam ou não com determinada pessoa e esse fator tem relevância para os cálculos porque, segundo estatísticas, a mulher tem uma expectativa de vida maior que o homem e faz com que o segurador resolva mais facilmente certos problemas que enfrenta para obter uma informação verdadeira sobre critérios mais relevantes, seja porque alguns recebem proteção do direito, como é o caso do sigilo, o direito à intimidade ou porque existe a possibilidade de informações não verdadeiras.²²⁶ O sexo pode mostrar-se uma forma, um critério de contratação pouco dispendioso, além da facilidade de sua visibilidade e sua invariabilidade no tempo.

Os seguros de assistência à saúde não funcionam como no sistema público, são como um sistema de capitalização. O segurador calcula o valor que pagará ao segurado no início do contrato sem poder prever nem modificar posteriormente o que contratou para aumentar o valor das prestações e adota critérios indicadores que permaneçam constantes para guiar-se. No caso de plano de saúde as mulheres acabam por pagar mais caro pela possibilidade de se ter mais custos com a maternidade, no entanto, *in concreto*, pode ser que o homem gere mais despesas para o segurador. Mesma situação ocorre nos casos de contratação de seguro de veículos, quando a mulher paga um valor menor de prestações não é garantia que irá ocasionar menos sinistros e, portanto, menos custos.²²⁷

Todavia, diferentes são os casos de compra e venda de imóvel e de locação, os quais, em um primeiro momento, estariam excluídos da proibição de discriminação. Ariadna Aguilera Rull menciona que, para vender um imóvel a pessoa faz uma oferta pública a fim de divulgar de maneira ampla a sua intenção de alienar e pretende com isso aumentar o círculo de destinatários interessados, mas, não se

²²⁵ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...**p.10-12.

²²⁶ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...** p.10-12.

²²⁷ RUIZ, Francisco J. Infante. **El desarrollo...** p.11.

pode negar que não lhe é indiferente quem irá adquirir, pois, em se tratando de um contrato de longa duração a relação de confiança é imprescindível.²²⁸

As estatísticas, por mais justificáveis que sejam, trazem a indagação de que seria o caráter meramente descritivo de um atributo como o sexo incompatível com o princípio da não discriminação?

E a resposta é afirmativa, os dados estatísticos não analisam a situação real fática e por isso carregam uma carga de discriminação. Os dados estatísticos estão a expor que não se tratam de situações equivalentes, não existe uma relação causal entre o sexo e a esperança de vida ou que a diferença biológica seja determinante da duração da vida de uma pessoa. Os autores da proposta da Diretiva 2004/113 já tratavam de destacar que a esperança de vida tem muito mais relação com a qualidade e estilo de vida (ser casado, ter emprego, o consumo de tabaco) do que com o sexo.²²⁹

Aparentemente inofensivos, os métodos (estatísticos) de diferenciação não levam em conta o indivíduo em si e, sim a condição de pertencer a um grupo.²³⁰ Pontua Francisco J. Infante Ruiz, que os cálculos só consideram a relação estatística entre fator e risco, mas não podem prognosticar se uma pessoa em si proporciona um maior risco, trata-se, em verdade, de um critério arbitrário.²³¹ Outro ponto que também é relevante para a questão da discriminação, é o fato de que se repartem as consequências sociais negativas para a contratação só entre os discriminados, apenas entre aquele grupo.

Merece destaque a informação trazida por Francisco J. Infante Ruiz de que o Tribunal de Justiça comunitário declarou inválido a partir de 21 de dezembro de 2012 qualquer contrato de seguro de vida, de automóvel ou de saúde que diferencie o tratamento entre homens e mulheres, devendo respeitar a igualdade e adotar políticas de preços independente do sexo. Não obstante, o autor considera que a Comissão Europeia está sendo um tanto inocente ao deixar os ajustes à bondade do mercado ao considerar que as companhias se adequarão oferecendo produtos unissex e atrativos em impacto injustificado no preço final, sendo que tal fato poderá repercutir negativamente. Afirma, ainda, que a regra Test-Achats é certamente um

²²⁸ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...**p.10

²²⁹ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...**p.12-14.

²³⁰ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición...**p.14.

²³¹ RUIZ, Francisco J. Infante **El desarrollo...** p.11.

grande passo na história do direito, mas que a ação política que lhe tem seguido são insuficientes, “es un nuevo despropósito comunitário”.²³²

Francisco J. Infante Ruiz²³³ analisando duas sentenças, uma do Tribunal Supremo Espanhol, caso Delia contra Vicente, de 20 de abril de 2011 e outra do Tribunal de Justiça da União Europeia, caso Test-Achats, de 1 de março de 2011, afirma que se está a reivindicar que a proibição de discriminação em relação ao sexo seja considerada nas relações contratuais. Ressalta o autor que, diferente do direito espanhol que necessita de um aperfeiçoamento em sua legislação, ao direito europeu apenas se faz necessária a mudança pontual da legislação e não uma reformulação legal, enfatizando a necessidade dos juristas e profissionais do direito, que ainda estejam vinculados ao ideal liberal da autonomia da vontade, de que visualizem as possibilidades de se aplicar esse novo direito contra a discriminação.

Nessa esteira, as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE tratam de garantir a igualdade de acesso a todos os bens e serviços disponibilizados ao público e a proibição de discriminação por elas trazida abrange todas as partes envolvidas na disposição de bens e serviços ao público, atingindo não só o Poder Público como também os particulares.²³⁴ É a concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, além da manifestação de descontentamento com a garantia apenas da dignidade individual, mas, sobretudo inserindo um conceito mais amplo de inclusão do outro, reconhecendo que a vítima de discriminação compõe um grupo composto pelas características que ensejam a discriminação.²³⁵

Destaca Francisco J. Infante Ruiz que a inclusão das diretivas no ordenamento jurídico dos países membros da União Europeia pertence à esfera política e jurídica de cada país e depende da qualidade técnica de suas leis,²³⁶ do que evidencia-se a ocorrência múltiplas situações.

Na Alemanha, a implementação das Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE se efetivou pela promulgada da Lei Geral de Igualdade de Tratamento, em vigor desde 18 de agosto de 2006, cujo intuito do legislador foi mais audacioso ao tutelar não só a não discriminação no Direito Privado, mas indo além, compreendendo, ainda, os

²³² RUIZ, Francisco J. Infante. **El desarrollo**...p.13-15.

²³³ RUIZ, Francisco J. Infante. **El desarrollo**...p.1-30.

²³⁴ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición** ...p.6.

²³⁵ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición**....p.26.

²³⁶ RUIZ, Francisco J. Infante. **La protección**....p.8.

casos de desvantagens decorrentes da religião, deficiência, idade e preferência sexual.²³⁷ Ressalta Francisco J. Infante Ruiz que, como o próprio nome da lei identifica, trata-se de uma lei aplicável a todas as situações desde o âmbito trabalhista até os contratos concernentes à moradia,²³⁸ gerando um direito antidiscriminatório próprio.²³⁹

O legislador espanhol, diferente do alemão, optou por transferir para seu ordenamento jurídico a matéria contida nas Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE, utilizando-se de leis individuais. A Diretiva 2000/43/CE foi incorporada por intermédio da Lei nº 62/2003, de 30 de dezembro de 2003, que dedica uma seção de seu capítulo 3º para tratar do assunto, intitulado “Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas”. A Diretiva 2004/113/CE foi integrada mediante a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, para tratar da igualdade entre homens e mulheres. Muito embora a legislação espanhola tenha ido além, em algumas situações, das determinações impostas pelo direito comunitário, tal sorte não se vislumbrou quanto ao acesso a bens e serviços disponíveis ao público. Neste ponto, o legislador espanhol ateu-se a reproduzir o contido na Diretiva 2004/113 CE, desprezando o fato de que uma diretiva serve para instruir, estabelecer diretrizes e não para regular de maneira detalhada uma matéria.²⁴⁰

Sublinha Ariadna Aguilera Rull que a lei geral alemã de igualdade de trato reconhece em seu § 3 o conceito de discriminação imediata e mediata (equivalente a discriminação direta e indireta), cuja aplicação se estende a todo o Direito Privado. Afirma a autora que ao proibir comportamentos discriminatórios o legislador estava submetido ao direito comunitário e teria o livre acesso para determinar o alcance da proibição como entendesse melhor. “Su única preocupación debía ser la compatibilidad de la protección del discriminado con el derecho a la libertad de contratación y a la intimidad de la otra parte”.²⁴¹

De acordo com Jörg Neuner a igualdade de tratamento não implica em uma restrição absoluta da autonomia privada. Entende o autor que a intervenção na

²³⁷ NEUNER, Jörg.Op.cit. p.195.

²³⁸ RUIZ, Francisco J. Infante. **La protección**....p.8.

²³⁹ RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación**...p.294.

²⁴⁰ RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación**....p.295.

²⁴¹ RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación**....p.325.

autonomia privada legitima-se de três formas: mandados limitados de atuação, mandados limitados de igualdade de tratamento e meras proibições de diferenciação.²⁴²

Nos mandados gerais de atuação há a exigência de contratar com qualquer pessoa pela escassez dos bens e pela garantia da existência consubstanciada no mínimo existencial. Representa um dever incondicionado de celebração contratual em razão da igualdade. Assim, nesse caso, a igualdade torna-se dominante e impõe uma justiça distributiva, na medida em que a oferta for menor do que a demanda do bem necessário à vida não se podendo excluir nenhum grupo ou indivíduo.

Diversamente dos mandados gerais de atuação, os mandados de igualdade de tratamento exigem tratamento igual a todas as pessoas que compõem um certo grupo decorrente de uma relação especial de dependência ou para administrar recursos escassos de um devedor, onde não se pode favorecer um credor de maneira arbitrária.

Por fim, diferente dos dois anteriores, a proibição de diferenciação não exige um procedimento igualitário apenas ordena que uma decisão não leve em conta determinados critérios como, por exemplo, o sexo.

A proibição de discriminação não só afeta a igualdade de tratamento, vai além, obsta a fruição de outros direitos fundamentais e essenciais para a existência humana em condições igualitárias.

A inclusão da igualdade nas políticas e atuações comunitárias fez com que a proibição de discriminação fosse inserida de maneira efetiva no universo jurídico. Nesse contexto, colhe-se da experiência europeia um princípio geral de não discriminação no Direito Privado, tanto no direito comunitário como no direito interno dos países que compõem a União Europeia e, diante da constatação desse princípio, exsurge a indagação acerca da existência de um princípio geral de não discriminação no Direito Privado brasileiro analogicamente a esses países.

Cotejando o direito brasileiro às Diretivas Europeias e às legislações dos países comunitários constata-se que não há uma proteção equivalente contra a discriminação. A tutela antidiscriminatória é conferida pela própria Constituição

²⁴² NEUNER, Jörg. Op.cit.p.202 e 206.

Federal e não pela legislação ordinária ou por disposições que se assemelham às Diretivas Europeias, o que acentua a importância do processo hermenêutico.²⁴³

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro possua meios de impedir a discriminação, a proteção restringe-se, na grande maioria, a casos de discriminação individual, não tendo a discriminação indireta recebido a atenção que lhe é devida nem pelos tribunais, nem pelo legislador, evidencia-se, nesse ponto, diferentemente dos países pertencentes à Comunidade Europeia, que há uma lacuna no sistema brasileiro.

Jorge Cesa Ferreira da Silva assevera que:

[...] casos relativos à chamada 'discriminação direta escondida' permanecem sem sanção, sobretudo em razão das dificuldades de prova e da inexistência de regra específica sobre inversão do respectivo ônus. Uma intervenção do legislador, portanto, mostra-se aconselhável, sobretudo para estabelecer o âmbito e os instrumentos da proteção de grupos, assim como as conseqüências jurídicas decorrentes de atos discriminatórios.²⁴⁴

Com efeito, no direito brasileiro praticamente não se encontra um conceito específico sobre o que é discriminação e também não há previsão específica no Direito Privado de um princípio da não discriminação, daí a 'dificuldade' ou resistência do julgador em constatar e declarar um ato como discriminatório, aplicando o princípio da igualdade de forma mitigada, sendo que na maioria das vezes mantém a ideia de vontade em sua concepção liberal e a liberdade contratual sem observância da função social do contrato. No contexto brasileiro, apenas na Constituição Federal de 1988 é que a palavra discriminação é utilizada nos termos atuais.

A Constituição de 1988 utiliza a proibição de discriminação em diversos aspectos em consonância com as declarações e tratados internacionais, além do princípio geral da igualdade estampado no caput do art. 5º, estabeleceu em seu art. 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de várias espécies e quaisquer outras formas de discriminação, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, bem como no art. 5º, inciso XLI, no rol dos direitos e garantias fundamentais, aduz que qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais é punível. Não para por aí, no art. 7º, inciso XXXI, proíbe, no âmbito laboral, qualquer espécie de discriminação na contratação ou relativa a salários e o

²⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.392 e 397.

²⁴⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.402-403.

art.227 que representa uma norma estabelecida em prol da proteção da criança e do adolescente, tutela ambos de qualquer forma de discriminação.

Nesse contexto, é importante que se diga que a Constituição Federal não apenas elencou a norma de proibição de discriminação como um direito fundamental, mas considerou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil incumbindo ao Estado a proteção. Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva menciona que a Constituição da República é uma Constituição Dirigente, na medida em que coíbe qualquer tipo de discriminação e preconceito como condição necessária à realização do bem estar de todos, como também não só garante e prevê direitos, mas busca uma sociedade mais igualitária, atribuindo ao Judiciário a tarefa de garantir esse direito.²⁴⁵

Sobre a aplicação da não discriminação, especificamente quanto às relações de consumo, o Brasil optou pela criação de um código especial de proteção de um novo sujeito: o consumidor. Esta medida teve origem constitucional e garante a proteção do vulnerável no mercado de consumo. Informa Claudia Lima Marques, que não são todos os países que resolveram adotar um código com esse fim e destaca o fato de que a Alemanha modificou seu conhecido BGB, Código Civil de 1900, para “receber – a figura do consumidor” e do fornecedor incorporando ao seu Direito Civil o Direito do Consumidor.²⁴⁶

O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um Direito Civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas.²⁴⁷

O Código Civil alemão e diversas leis esparsas, inclusive a Lei de Introdução ao Código Civil, foram modificados pelo Parlamento em junho de 2000 e, cumprindo

²⁴⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.404-406.

²⁴⁶ Ressalta a autora que a França conta com um código de consumo (Code de la Consommation), o qual representa mais uma consolidação de normas do que um código em si e que os países do Mercosul optaram por leis esparsas, sendo que alguns defendem que o Direito do Consumidor é autônomo e outros que é Direito Comercial ou ramo do Direito Econômico. MARQUES, Claudia Lima; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “Direito Civil Geral e Social”?. Revista do Direito do Consumidor. RDC 37/271.jan.-mar./2001. In:MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.1140-1141.

²⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima; WEHNER, Ulrich. **Código Civil** alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “Direito Civil Geral e Social”?. Revista do Direito do Consumidor. RDC 37/271.jan.-mar./2001. In:MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.1141.

a determinação das Diretivas Europeias e os reclamos de sistematização da proteção de consumidor, uma nova lei sobre contratos à distância foi instituída. As modificações mais relevantes ocorridas no Código Civil alemão, na Parte Geral, foram a inserção das figuras do consumidor e do fornecedor e na Parte Especial, a isenção do consumidor de qualquer ônus quanto às prestações de coisas que não requereu, um direito de arrependimento genérico, um dever de informar para os fornecedores, entre outras. Ressalta-se que a alteração mais importante ocorreu na Parte Geral do BGB é a inclusão do consumidor como sujeito de direitos.²⁴⁸

O tratamento protetor e defensivo do consumidor tem sua origem na política econômica, a qual exige a interpretação e aplicação das leis e o respeito a esse sujeito. O Código Civil (BGB) mudou e está impregnado de valores sociais, de tratamento desigual e de justiça distributiva e a definição a ele incorporada é a mais adotada internacionalmente, trazendo consigo os termos ‘não profissionalidade’ e ‘contratante ou usuário final’ dos produtos e serviços. Cumpre mencionar que em todas as Diretivas Europeias a definição de consumidor é a da “pessoa física que age fora de sua profissão, para fins privados, frente a um profissional”.²⁴⁹

A submissão dos particulares a não-discriminação é vista como uma limitação da liberdade do indivíduo, a qual representa a raiz da discussão sobre a eficácia horizontal aos direitos fundamentais e o abandono da ideia de que todos estão em igualdade de condições no contrato.

Assim como no direito internacional, a proibição de discriminação desenvolve um papel importante no direito brasileiro e, como integrante do direito à igualdade, representa uma ferramenta de defesa da igualdade material. Sem dúvida, configura uma das mais importantes normas de proteção da pessoa humana, seja contra o Estado ou contra particulares.

²⁴⁸ A tradução do parágrafo 13 que corresponde ao consumidor é “ §13 – Consumidor – Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional”. MARQUES, Claudia Lima; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “Direito Civil Geral e Social”? . Revista do Direito do Consumidor. RDC 37/271.jan.-mar./2001. In:MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.1141-1142.

²⁴⁹ O conceito de fornecedor, segundo o BGB é “uma pessoa física ou pessoa jurídica ou uma sociedade de uma pessoa, que na conclusão de um negócio jurídico está usando de ou com a finalidade de sua atividade profissional, própria ou comercial”. MARQUES, Claudia Lima; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “Direito Civil Geral e Social”? . Revista do Direito do Consumidor. RDC 37/271.jan.-mar./2001. In:MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.1143.

3.2 O princípio da igualdade e a proibição de discriminação

Na modernidade, a igualdade foi recepcionada com um sentido revolucionário. Compondo o rol de direitos fundamentais, se fez presente nas Constituições do Liberalismo oitocentista. Aliada à codificação, impõe-se como princípio que defende que a lei, genérica e abstrata deveria ser aplicada a todos indistintamente.

É de se notar que a concepção de igualdade abandonou a concepção nominalista e passou a um prisma mais racional como meio de se suprimir os privilégios da nobreza, acreditando-se que os homens eram essencialmente iguais e não mais naturalmente desiguais. As desigualdades que acaso aparecessem seriam decorrentes do convívio social e seriam como defeitos que maculariam a vida natural, tratava-se, dessa forma, de um igualitarismo absoluto. Essa era a chamada concepção idealista.²⁵⁰

Luis Renato Ferreira da Silva defende que além da nominalista e da idealista, há uma terceira concepção de igualdade: a realista, a qual admite a igualdade e a desigualdade como coexistentes. Os homens em si mesmos são essencialmente iguais, mas a realidade da forma existencial que adotam no seu convívio os fazem desiguais, o que impõe a necessidade da adoção de medidas seletivas das desigualdades toleráveis e o instrumento para tal aferição seria a lei, “considerada como critério de distinções”.²⁵¹

Assim, para o ideal liberal do século XVIII, concedido o poder de agir livremente conforme a sua vontade, as partes contratantes estavam em posição de igualdade e a justiça compunha a relação jurídica pelo fato de que o conteúdo do contrato reproduzia o querer das partes em uma posição de igualdade jurídica.²⁵² Defendia-se, ainda, que a inserção da igualdade em um ordenamento jurídico por si só já garantia a sua efetivação.

No entanto, a realidade era diversa, verificou-se que a aplicação da lei de maneira indistinta a todos não atendia aos ditames da igualdade, pois, não se

²⁵⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 8/146.out-dez/1993. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor**....p.261.

²⁵¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op.cit.p.262-263.

²⁵² ROPPO, Enzo. Op.cit.p.35.

tratava de pessoas iguais em direitos e privilégios, não bastava a previsão de igualdade, se não era possível mudar a situação econômica e social.²⁵³

Juridicamente falando, a igualdade concretiza-se na atribuição de uma qualidade jurídica que é a personalidade jurídica a todos os homens desde o seu nascimento independente de qualquer outro atributo. No entanto, da igualdade jurídica decorre o preceito de que ao Estado é proibido qualquer ato de discriminação entre os sujeitos, estando todos em paridade perante a lei, não cabendo (à lei) operar qualquer discriminação.²⁵⁴

Ana Prata assevera que a igualdade, de maneira conceitual, é conquistada através do seguinte processo: porque todos são iguais, se encontram na mesma situação, perante a lei, porque perante terceiros todos são iguais. “A característica diferenciadora, conceptualizante, da igualdade é, pois, a posição de cada cidadão na sua realização com o Estado (igual a lei)”. Não obstante, alerta a autora que no domínio privado, na relação interprivada, a igualdade perante a lei se mostrou ineficiente por não ser capaz de “expressar qualquer situação de igualdade real recíproca”. Aduz, ainda, que foi constatada, inicialmente, nas relações de trabalho a falsa igualdade, uma ruptura no princípio da igualdade, através da figura do abuso de direito.²⁵⁵

Atestada a diferença existente entre os contratantes, logo, não se pode considerar ‘livre’ e, portanto, não pode exercer sua liberdade contratual, aquele que se encontra em situação de necessária contratação que não tem como discutir os termos da avença.²⁵⁶ Constatou-se que a mera proibição de tratamento desigual não faria com que as partes se tornassem iguais efetivamente, era necessária a adoção de medidas que desigualassem a partir da realidade, ou seja, considerando as desigualdades existentes, frutos da própria sociedade e que somente se concretizaria a igualdade substancial com a garantia ao acesso de bens e

²⁵³ Escreve Enzo Roppo que: “A disparidade de condições econômico-sociais existentes, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de “poder contratual” entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*: é isto que a doutrina baseada nos princípios da liberdade contratual e da igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a função ideológica”. ROPPO, Enzo. Op.cit.p.38.

²⁵⁴ PRATA, Ana. Op.cit.p.86.

²⁵⁵ PRATA, Ana. Op.cit.p.87-89.

²⁵⁶ PRATA, Ana. Op.cit .p.77.

oportunidades aos menos privilegiados como forma de garantir direitos básicos e essenciais,²⁵⁷ o que acabou por culminar na mudança dos paradigmas da teoria contratual.²⁵⁸

Assim, a concepção de igualdade, em seu aspecto material, se consolida e passa a compor diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Ultrapassado o império da igualdade formal, no qual o contrato era, por sua natureza, paritário, independente de quais fossem as desigualdades de condições existentes entre os contraentes o pacto deveria ser cumprido, a plena realização da pessoa surge por detrás do contrato, e se faz presente a busca da igualdade substancial, como representação da tutela da dignidade humana expressa em nossa Constituição da

²⁵⁷ Nas palavras de Flavia Piovesan: “Buscar a implementação do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1988.p.130.

²⁵⁸ Afirma Maria Celina Bodin de Moraes que as Constituições do século XX – pós-segunda guerra mundial - trazem uma nova tábua axiológica e “[...] o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º,III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial.

A Constituição, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, I, estabelece, entre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ainda no mesmo artigo 3º, inciso III, há uma outra finalidade a ser atingida, que completa e melhor define a anterior: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Tais objetivos foram destacados, no texto constitucional, no Título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais” e, como tal, sua essencialidade – qualidade do que é fundamental – faz com que desfrutem de preeminência, seja na realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários do ditado constitucional, seja na tarefa de interpretá-los e, à luz, interpretar todo o ordenamento jurídico nacional.

Assim é que os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o Texto Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial, e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do país, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.109-110.

República – art. 1º, inc.III -²⁵⁹ substituindo a ideia de igualdade formal e estática pela igualdade dinâmica, democrática e substancial.²⁶⁰

Ao analisar sobre o que legitimou o legislador constituinte a inserir os princípios fundamentais logo nos primeiros artigos, Gustavo Tepedino afirma que tal atitude reproduz o dever do Estado para além do que preconiza o art. 3º, III, com a valorização do trabalho, da cidadania e da dignidade humana. Nessa esteira, importa para o contexto deste estudo, afirmar que :

[...] o exame de cláusula contratual não poderá se limitar ao controle da ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares e ao conjunto das relações do direito civil.²⁶¹

Ana Prata afirma que da igualdade formal se extrai a proibição de discriminações “em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social”.²⁶²

Dessa forma, de maneira intrínseca, a proibição de atitudes diferenciadas que não estejam autorizadas por lei ou justificadas, que se expressam no que se denomina de discriminações arbitrárias, são afetas ao princípio da igualdade em seu aspecto formal. Assim, o princípio da não discriminação surge como um reflexo do princípio da igualdade representado na proibição de tratamento diferenciado injustificado. Todavia, importa salientar que Carmén Lúcia Antunes Rocha afirma

²⁵⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

²⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.33, n.131, p.282, jul/set.1996. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.210-211. Continua o autor: “Tais resultados descartam a possibilidade de se imaginar o consumidor inserido em um mundo à parte do ordenamento, estremado de outros submundos, quadro assustador que permitiria, por exemplo, que a subsunção de certa relação jurídica na disciplina das locações ou no Código do Consumidor pudesse significar resultados diferenciados em termos de proteção à pessoa humana que, em última análise, é a protagonista de toda e qualquer relação jurídica”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas....**p.211.

²⁶² PRATA, Ana. Op.cit.p.99.

que a igualdade formal, ou seja, a proibição de discriminação, não é capaz, por si só, de efetivar a igualdade.²⁶³ O princípio da igualdade possui uma dimensão objetiva que informa toda a ordem jurídico-constitucional. Servindo-se das palavras de Ana Prata “Igualdade é, pois, equivalente a proibição do arbítrio”.²⁶⁴

O exame da igualdade ou das diferenças entre as partes se faz por intermédio da comparação para que depois incida a generalização do princípio da justiça. Em outras palavras, serve à aplicação da justiça a relação comparativa da qual decorre o tratamento dos iguais de forma igual e dos desiguais de forma desigual na exata medida de suas desigualdades, ocorre a igualdade substancial. “A igualdade é um fato a partir do qual se pode chegar à ideia de justiça”.²⁶⁵

Para afirmar que uma pessoa está sendo discriminada é necessário demonstrar que está sendo tratada de maneira diversa em relação a alguém.

Aurisvaldo Sampaio destaca que

O princípio da isonomia não despreza as diferenças entre grupos, pelo contrário, quando o texto constitucional afirma que não pode o legislador distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos os indivíduos abstratamente iguais, já que não se trata de destinatários de tratamento legal idêntico apenas aquelas pessoas que apresentem as mesmas características ou se encontrem na mesma situação prevista pela norma, decorrendo disso a possibilidade de dispensar-se tratamento privilegiado a determinados segmentos sociais, como àquelas pessoas que se encontrem em condição econômica fragilizada.

[...].

²⁶³ Carmen Lúcia Antunes Rocha ao proceder a uma análise crítica do princípio da igualdade durante a evolução histórica assevera que “proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica.

O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

É certo que coube à doutrina o grande mérito de haurir do princípio negador da validade do preconceito, como motivo de ação aceitável no Direito, o princípio maior da igualdade, alargando na terminologia do princípio o que não se continha em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação.

Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilégio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguais, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?

Diversamente do que, desde a primeira década deste moribundo século XX, ocorrera quanto ao direito de propriedade e da segurança, o princípio da igualdade jurídica não tinha passado por modificação, em seu conteúdo, interpretação e aplicação, tão profunda quanto aqueles”.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.33, n.131, p.282, jul/set.1996. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

²⁶⁴ PRATA, Ana. Op.cit.p.97.

²⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Op.cit.p.534-535.

Por tudo isso, funciona não apenas como fundamento contra discriminações, mas ainda como princípio impositivo de “compensação de desigualdade de oportunidades”.²⁶⁶

No que tange à discriminação, importa trazer alguns aspectos conceituais.

Wilson Steinmetz afirma que ‘discriminação’ não é um termo neutro e não pode ser confundido, ao menos em sua totalidade, com o conceito de ‘diferenciação’. O autor defende que ‘discriminação’ denota sempre distinção, exclusão, restrição ou preferência de pessoas, sustentado em um preconceito sobre características ou traços essenciais, cujo objetivo é impor tratamento injusto, excludente ou segregador. Contudo, ‘diferenciação’ é um termo neutro, estando correto anunciar diferenciação proibida de não proibida, constitucional de inconstitucional. ‘Diferenciação’ faz referência à obrigação de tratamento desigual, portanto, pertence à dimensão positiva do princípio da igualdade que tem por finalidade promover a igualização. Não obstante, é importante que se destaque que “uma diferenciação é uma discriminação se manifestamente injusta ou claramente contrária à dignidade da pessoa.”²⁶⁷

Alerta Juan María Bilbao Ubillos que ‘discriminação’

não é qualquer diferenciação, no sentido mais neutro da palavra, senão aquela que se funda em um pré-juízo negativo em virtude do qual os membros de um grupo são tratados como seres não já diferentes senão inferiores (em certos aspectos, ao menos). O motivo da distinção é algo mais que irrazoável, é odioso, e de nenhum modo pode aceitar-se porque resulta humilhante para quem sofre essa marginalização. Assim, pois, o termo discriminação tem hoje uma conotação ‘pejorativa’: com ele se alude a uma diferença injusta de trato ‘contra’ (...) determinados grupos que se encontram de fato em uma posição de desvantagem.²⁶⁸

A proibição de discriminação se fez nas leis brasileiras e sobre diversos fatores. Para exemplificar a interdição de discriminação, em razão da descendência, a Constituição Federal em seu art. 227, §6º²⁶⁹ prevê que os filhos nascidos fora do casamento não podem sofrer quaisquer tipos de discriminação. Ainda, no âmbito familiar, em razão do sexo, a Constituição Federal dispõe: (a) art. 226, § 5º que

²⁶⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.47-48.

²⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.242-245.

²⁶⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. p.398.apud STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.245.

²⁶⁹ § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

homens e mulheres serão responsáveis igualmente pelos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; (b) a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar, o que implica no exercício do poder familiar pelo pai e pela mãe; entre outros.

Além da Constituição, na esfera infraconstitucional, há previsão de ações afirmativas no intuito de coibir a discriminação: (a) contra a mulher, exemplo disso, é a lei que dispõe sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, a qual também pode ser citada como um avanço em busca da proteção contra discriminação; (b) a proteção também se estende às crianças e adolescentes, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente; (c) aos idosos pelo Estatuto do Idoso; (d) em favor do consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse pensar, Carmén Lúcia Antunes Rocha afirma que é pela desigualação positiva que se promove a igualdade jurídica efetiva.²⁷⁰ Em contrapartida, a discriminação negativa é repelida e o particular, assim como o Poder Público, está vinculado de maneira estrita à norma de proibição de discriminação e excepcionalmente aos mandados de tratamento igual e, se for o caso, indiferenciado.²⁷¹

É interessante ressaltar que a proibição de discriminação não está afeta unicamente ao Poder Público, mas também no âmbito das relações interprivadas. Em outras palavras, o princípio da igualdade é aplicável na relação entre particulares e adverte Ana Prata que a necessidade de observância deste princípio “é causa de obrigação de contratar, de alteração de conteúdo contratual, de invalidade total ou parcial dos negócios e de nulidade, de rescisão”,²⁷² dependendo do caso, mas sempre que traduzam a violência a um direito fundamental.

Discriminação não é a mesma coisa que igualdade. A igualdade é gênero do qual a não discriminação é espécie. A não discriminação é conteúdo da igualdade, é preciso não discriminar para se obter a igualdade.

Todavia, como visto nos exemplos acima, é preciso ressaltar que a simples quebra da igualdade não configura de imediato a discriminação. Existem

²⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.33, n.131, p.282, jul/set.1996. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

²⁷¹ STEINMETZ, Wilson. Op.cit .p.258.

²⁷² PRATA, Ana. Op.cit.p.103-104.

discriminações que não são repudiáveis por si só e outras, ao contrário, são adequadas e necessárias justamente na busca de igualação de pessoas em determinadas situações, é o que ocorre nas relações de consumo e nas trabalhistas e, ainda, em sistema sustentado na liberdade, há casos em que a discriminação pode ser fonte de enriquecimento do mercado como no caso de agência de viagens que centraliza sua atividade em pessoas idosas. Importante consignar que as discriminações fazem parte de uma economia de mercado e constituem o núcleo da autonomia privada.²⁷³

Ana Prata, ao analisar a concepção da igualdade na Constituição Portuguesa, aduz que tal conclusão deve se aplicar também ao ordenamento jurídico brasileiro. O legislador possui a obrigação de operar discriminações, “sempre que elas visem a realização e a promoção da igualdade, de fato ou juridicamente, inexistente”.²⁷⁴

É preciso que se esclareça, nesse momento, que a perspectiva do presente trabalho é a discriminação no espaço de desrespeito ao indivíduo enquanto pessoa, o centro de todo o ordenamento jurídico atual, é a proibição da discriminação como afronta aos direitos fundamentais, esta é a acepção, o sentido negativo da discriminação.

O vocábulo ‘discriminação’ traz, por si só, uma carga de sentido predominantemente negativo, tanto é que para se reportar às finalidades lícitas e até mesmo impostas é necessário que se acrescente a palavra ‘positiva’.²⁷⁵

Da proibição de discriminação ou da exigência de igualdade da forma como prevê a lei, pode-se extrair que, sendo todos iguais perante a lei, garante-se a todos os direitos fundamentais fixados pelo Estado. Destarte, em seu aspecto formal, o princípio da igualdade destina-se a proibir e coibir atos que afrontem a isonomia de tratamento a que todos têm direito, sem privilegiar alguns em detrimento de outros. Não é diferente nas relações de consumo, além de princípio informador de todo o ordenamento jurídico, o princípio da igualdade é aplicado aos particulares.

²⁷³ NEUNER, Jörg. Op.cit.p.211.

²⁷⁴ PRATA, Ana. Op.cit.p.95.

²⁷⁵ PINTO. Paulo Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. In SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª. ed.Editora Livraria do Advogado. 2010.p.315.

No plano axiológico a proteção contra discriminação revela uma tensão entre a autonomia privada e o princípio da igualdade.

As proibições de discriminação servem à proteção contra a exclusão social, pois ninguém pode ser discriminado em razão de suas características pessoais como a cor, por exemplo. Ressalta Jörg Neuner que quanto mais “sinais”²⁷⁶ receberem proteção legislativa, mais perto de um nivelamento, ou seja, mais respeito à igualdade se terá.²⁷⁷

Indaga-se sobre qual critério seria empregado para inserir mais “sinais” no catálogo, mas a doutrina e a jurisprudência não trazem uma resposta contundente e definitiva. Mesmo assim, pode-se concluir que é o “preconceito” descrito no art. 3º, IV²⁷⁸, da Constituição Federal, o critério a se utilizar, cumulado com a discriminação, sendo o preconceito um critério capaz de configurar um elemento material de escolha.

Eis que, o princípio da igualdade, da forma como estabelecido constitucionalmente, informa todo o ordenamento jurídico na promoção da isonomia no contexto da diferença e por tal motivo, inadmissível a discriminação. Determinadas categorias de pessoas que reiteradamente sofrem um tratamento diferenciado, cuja prática discriminatória é recorrente, o simples pertencer a um grupo já torna toda e qualquer atitude desvantajosa contra essa pessoa suspeita, como é o caso, por exemplo, dos portadores de HIV.

A proteção contra discriminação se legitima sempre que houver a possibilidade de uma exclusão considerável, sendo possível identificá-la como: (a) sinal objetivo de discriminação, no qual um critério intersubjetivo é considerado relevante para um desfavorecimento – religião, raça, orientação sexual; (b) dignidade de proteção de terceiro – depende se o sinal é imutável (sexo, raça, deficiência), se não há possibilidade de contratar com outro, em razão, por exemplo, de um monopólio e a intensidade da dependência do bem ou da prestação; e, por

²⁷⁶ Jorge Cesa Ferreira da Silva esclarece que o catálogo de sinais existentes na Alemanha é fechado, enquanto, no Brasil, é aberto. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.399.

²⁷⁷ NEUNER, Jörg. Op.cit.p.211.

²⁷⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

fim (c) interesse do decisor em diferenciar que não pode estar baseado em sinais inalteráveis do indivíduo.²⁷⁹

De maneira efetiva, uma norma de igualdade deve reconhecer as diferenças existentes entre as pessoas e garantir meios de manutenção de igualdade em alguns casos, mas em outros a manutenção das diferenças.

A discriminação é, na linguagem constitucional contemporânea, diametralmente oposta à dignidade humana.²⁸⁰ Como bem ressalta Carmén Lúcia Antunes Rocha, o princípio da igualdade lança luzes sobre todas as regras do ordenamento jurídico e a todos os demais princípios, sendo conduzido e submisso apenas a um: o princípio da dignidade humana.²⁸¹

3.2.1 O princípio da igualdade e suas facetas em face da dignidade da pessoa humana

Cumprido mencionar, inicialmente, que os antecedentes da dignidade da pessoa humana remetem à antiguidade clássica, na qual a dignidade relacionava-se à posição social ocupada pelo indivíduo.²⁸² Na fase do cristianismo, defendia-se o preconizado pelo Papa São Leão Magno que os seres humanos possuíam dignidade porque foram criados à imagem e semelhança de Deus e, na sequência, com o pensamento de Kant, a dignidade humana passa a ser reconhecida como qualidade peculiar e insubstituível do próprio ser humano. E é com essa doutrina de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva identifica as bases de “uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”.²⁸³

²⁷⁹ NEUNER, Jörg. Op.cit.p.193-214.

²⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.258.

²⁸¹ Assim defende Carmén Lúcia: “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilasstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República)”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília,v.33,n.131,p.282,jul/set.1996. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.9.ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado,2011.p.35.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade**...p.42.

Realmente, não se pode olvidar que as conhecidas revoluções burguesas (dentre elas a Revolução Francesa) influenciaram na sedimentação e na promoção da dignidade humana como referencial a todo agir estatal.

A propósito, defende Ingo Sarlet o caráter essencial, irrenunciável e insubstituível da dignidade humana ressaltando, ainda, uma dimensão dúplice, sendo, de um lado, considerada como autonomia da vontade, no que tange à autodeterminação quanto às decisões essenciais quanto à própria existência e, de outro, como necessidade de proteção por parte do Estado e dos demais indivíduos, principalmente, quando ausente ou fragilizada a capacidade de autodeterminação.²⁸⁴
e 285

Emerge da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a tutela ampla defesa da personalidade humana, conferindo à pessoa uma garantia básica de sua dignidade, estando seus direitos descritos em todo o texto constitucional.

Da dignidade se segue que todo indivíduo tem diante de qualquer outro o direito de ser respeitado como ‘pessoa’ e o dever de modo análogo. Esse respeito mútuo é, segundo Karl Larenz, o que denomina de “relação jurídica fundamental” que considera o alicerce da convivência em sociedade e deve servir de inspiração a qualquer relação jurídica entre particulares.²⁸⁶

Neste passo, ainda sobre a doutrina de Larenz, Heinrich Ewald Horster atesta que:

[...] a exigência de respeitar o outro não se refere apenas a um comportamento exterior mas implica também em uma atitude interior. Quer dizer, o respeito pela pessoa do outro deve ser o resultado de uma atitude moral correcta, positiva. Contudo, exigências da moral não são normas de

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade**... p.61.

²⁸⁵ Sustenta Ingo Sarlet: “ [...] assim, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).

Tal concepção encontra-se, de resto – e reconhecidamente – embasada na doutrina de Dworkin, que, demonstrando a dificuldade de se explicar um direito a tratamento com dignidade daqueles que, dadas as circunstâncias (como ocorre nos casos de demência e das situações nas quais as pessoas já não logram sequer reconhecer insultos a sua autoestima ou quando já perderam completamente sua capacidade de autodeterminação), ainda assim devem receber um tratamento digno”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade**....p.61.

²⁸⁶ LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general.p.48. *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução**....p.177.

direito. O direito, para ser realizável ou coercível, deve limitar-se a impor um determinado comportamento exterior (deixando ao agente a liberdade de consciência que lhe serve de suporte ou não para este comportamento). Por isso, a exigência de respeitar o outro tem como norma jurídica apenas o conteúdo ou o sentido de não violar o outro na sua pessoa ou na sua dignidade humana. Interessa menos a convicção moral do que a observância efectiva da norma jurídica. A norma jurídica do não violar, por seu lado, encontra sua fundamentação positiva no direito originário de ser respeitado: a pessoa não deve ser violada porque lhe é devido respeito.²⁸⁷

Na direção de Giovanni Ettore Nanni, a Constituição Federal ao conduzir a dignidade humana como fundamento traz consigo o conceito de “relação jurídica fundamental”, de respeito mútuo entre os indivíduos, como um princípio fundamental que não pode ser vilipendiado.²⁸⁸

Alinhado aos ditames decorrentes do princípio da dignidade humana e almejando a igualdade material, o Estado resolveu intervir na esfera privada. Como expõe Luiz Edson Fachin:

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa.²⁸⁹

Em sendo a pessoa humana o grande valor constitucional inserto no sistema jurídico brasileiro, a dignidade humana se confirma pela igualdade dos indivíduos. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta é apenas uma das formas de igualdade, a primeira, porque a mais básica, a que normalmente se denomina ‘igualdade formal’, segundo a qual ‘todos são iguais perante a lei’.

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições

²⁸⁷ HORSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do Código Civil português: a teoria geral do direito civil, p.155. *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução....**p.178.

²⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada.** In: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 2. Curitiba: Juruá, 2001.p.155-225.p.178.

²⁸⁹ FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.** São Paulo: Renovar, 2000.p.199-200.

sociais, econômicas e psicológicas. Adotou-se, então, normativamente uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos. No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial.²⁹⁰

O princípio da igualdade é o reconhecimento desta como efetiva demonstração de uma medida de justiça. Verificado um tratamento diferenciado ao se aplicar o princípio da igualdade faz presumir que se tenha um tratamento mais justo.

Ingo Sarlet defende que a garantia de isonomia de todos os indivíduos é condição para a dignidade humana. Dessa forma, é inaceitável a submissão a tratamento discriminatório e arbitrário sob pena de se ferir o princípio da dignidade humana.²⁹¹

Carmén Lúcia Antunes Rocha afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro. E prossegue aduzindo que

A interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos que degradem, aviltem ou asservissem homens em benefício indébito de outros, que homens não são vassalos ou objetos em proveito de outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, conforme já anotado, porque com ele o sistema de Direito absorve um conteúdo ético axiomático, que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos.²⁹²

Logo, é do princípio da dignidade humana que se estendem os direitos fundamentais e, principalmente, a proibição de discriminação, legitimando os limites da atuação do Estado. Nessa esteira, Gustavo Tepedino percebe a dignidade humana como uma 'cláusula geral' que insere uma nova ordem pública - da qual não se pode excetuar as relações jurídicas privadas - capaz de condicionar todo o

²⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos...** p.86-87.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. p.104.

²⁹² ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** In: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2013.

ordenamento jurídico e funcionalizar a atividade econômica aos valores existenciais e sociais contidos na Constituição, com destaque para a tutela da pessoa humana.²⁹³

3.2.2 A incidência do princípio da igualdade nos contratos de consumo: proibição de discriminação

A busca pela igualdade material no Estado de Direito foi concretizada pela Constituição Federal ao prever a igualdade de todos perante a lei, protegendo as pessoas desiguais, fixando como um de seus princípios o reconhecimento da vulnerabilidade intrínseca do consumidor no mercado de consumo – arts. 5º, XXXII e 170 CF.²⁹⁴

O Código de Defesa do Consumidor, fruto de uma exigência do constituinte, sem a pretensão de limitar a liberdade contratual, mas sim de garantir que os valores fundamentais decorrentes da dignidade humana sejam observados, prevê a possibilidade de relativização do princípio do “pacta sunt servanda”, no art. 6º, inc.V,²⁹⁵ para que, independente do motivo que ensejou o contrato ou ainda do seu conteúdo, as cláusulas possam ser discutidas e revistas. É a evidente aplicação do princípio da igualdade.

²⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas...**p.67-68.

²⁹⁴ Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:** XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

A almejada igualdade substancial, consubstanciada na obrigação do Estado de promover a igualdade econômica, social e cultural de maneira efetiva, de acordo com Ana Prata, pode ser buscada constitucionalmente por três vias:

- a) numa perspectiva de recolocação da igualdade negocial, isto é, na perspectiva da tutela do contraente débil;
- b) numa perspectiva social de atribuição de direitos, que se consubstanciam, por via de regra, na exigibilidade de prestações positivas estaduais por parte de dadas categorias de cidadãos (direitos sociais);
- c) numa perspectiva de genérica promoção de uma real igualização, através de uma legislação discriminadora em função da consideração de situações específicas.²⁹⁶

Na sequência, defende a autora que a primeira é, das três, a mais relevante no domínio da autonomia privada, pois, nas relações contratuais a tutela do contraente vulnerável é que propicia a busca pela igualdade substancial.

Com efeito, surge o Código de Defesa do Consumidor procurando estabelecer uma igualdade material entre os contratantes protegendo a dignidade humana e buscando resguardar a liberdade daquele que é vulnerável, tratando de maneira desigual os desiguais para só assim obter a efetiva igualdade, um verdadeiro desdobramento da tutela da pessoa humana.

A Constituição Federal estabelece, em vários outros dispositivos,²⁹⁷ como no inciso XXXII, a obrigatoriedade de o Estado promover a tutela do consumidor, para a consecução da igualdade material, do equilíbrio e justiça no âmbito contratual. Eis que reconhecida a debilidade de uma das partes contratantes na relação de consumo, nada mais justo que o legislador crie normas especiais como forma de minimizar as consequências das contratações em massa, despersonalizadas.

Com acerto, afirma Gustavo Tepedino que os artigos constitucionais art.5º, XXXII e o art.170, V, devem ser analisados conjuntamente com o art.1º, III e art. 3º, todos da Constituição Federal, sendo que:

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria *per se* considerada.²⁹⁸

²⁹⁶ PRATA, Ana. Op.cit.p.105.

²⁹⁷ Art. 24, VIII; art. 150, §5º; art. 170, V, CF

²⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional.** In:TEPEDINO, Gustavo. **Temas...** p.250.

Além da previsão constitucional, o princípio da isonomia também faz parte do código consumerista, no art. 4º, inciso III, como forma de impor a existência de equilíbrio entre as partes, reconhecendo a hipervulnerabilidade²⁹⁹ do consumidor nas relações de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor consagra a aplicação de certas medidas em busca da igualdade como a inversão do ônus da prova, efetivo meio de facilitar a defesa do consumidor, a exclusão de cláusulas que imponham uma vantagem exagerada, entre outros.

Tomando como ponto de partida a superação da ideia defendida pelo Estado de Direito Liberal no qual os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa exerciam a função de proteger o indivíduo de ingerências do Poder Público – direitos de defesa em sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade e integridade física) – e que somente eram relevantes para as relações indivíduo e Estado, verificou-se que os direitos fundamentais aplicam-se a toda a ordem jurídica inclusive a privada, podendo ocorrer atos atentatórios aos direitos fundamentais provenientes dos próprios particulares, o que torna inquestionável a existência de vinculação dos particulares e a necessidade de proteção por parte do Estado.³⁰⁰

Nesse pensar, cumpre aplicar o Código de Defesa do Consumidor como concretização dos conceitos indeterminados estampados nessa legislação – a vulnerabilidade – bem como ao respeito ao direito fundamental de defesa do consumidor, de maneira a atender os ditames constitucionais, marcada pela noção de igualdade. Assim, diante do caso concreto, é imprescindível a observância da

²⁹⁹ Destaca-se que a Constituição da República buscou tutelar algumas pessoas ou grupo de pessoas em especial, como é o caso do trabalhadores (art. 7º), o consumidor (art.5º, XXXII), crianças e adolescentes, entre outros. O Código de Defesa do Consumidor tem como premissa para sua aplicação a vulnerabilidade do consumidor – art. 4º, I, CDC – estabelecendo como um dos princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Sem sombra de dúvidas, determinadas pessoas necessitam de uma tutela especial devido às suas particularidades, as quais se entende que devam ser consideradas hipervulneráveis, a vulnerabilidade é potencializada, principalmente, no âmbito do consumo, ou seja, quando essas pessoas estão no papel de consumidores.

Compõem essa "categoria": os idosos, os portadores de necessidades especiais, as crianças e os adolescentes, em razão de certas características pessoais próprias, possuindo como fundamento para esse tratamento especial a própria Constituição Federal.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor**. RDC 36/54 .out.-dez./2000. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.238-240.

realidade a fim de amenizar as desigualdades existentes, até como subsídio para a concretização das cláusulas gerais como a da boa-fé.³⁰¹

A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade perante a lei impondo, com isso, direitos e obrigações a todos os particulares e a consecução deste primado da igualdade implica em tratamento tendente à dessemelhança, daí também decorre o princípio fundamental à defesa do consumidor.

Sob essa ótica, o Código de Defesa do Consumidor funciona como uma ferramenta valorada constitucionalmente na busca da igualdade e da não discriminação do consumidor na relação de consumo.

3.3 Os instrumentos de proteção contra discriminação no Código de Defesa do Consumidor

O direito brasileiro garante por meio das legislações ordinárias a proteção contra discriminação, desde a possibilidade de ajuizar uma ação, de decretar a nulidade do negócio jurídico, do direito de rescindir um contrato, até a busca pela indenização por danos extrapatrimoniais.

De maneira complementar, o Código de Defesa do Consumidor tem por pressuposto possibilitar o equilíbrio ou o reequilíbrio das relações de consumo, impondo obrigações ao fornecedor e garantindo direitos ao consumidor. Defende Claudia Lima Marques que a justificção do Código de Defesa do Consumidor, no momento da formação ou da execução do contrato, é verificar a “qualidade” da vontade racional, mais do que a simples manifestação, é a vontade realmente livre capaz de vincular os efeitos do contrato entre as partes. Além disso, ressalta a autora que, contemporaneamente, examina-se também a vontade negocial do fornecedor, valorando-a e conduzindo-a, “dependendo da conduta (abusiva ou não) a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas, etc)” e, ainda, interpretando as cláusulas, promessas, publicidades a que o consumidor está vinculado.³⁰²

O mandado de tratamento igualitário representa a justiça em consideração à pessoa.³⁰³

³⁰¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op.cit.p.271.

³⁰² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**.... p.741-743.

³⁰³ NEUNER, Jörg. Op.cit.p.203.

O sistema jurídico brasileiro, como mencionado em momento anterior, apesar de lacunoso ainda, principalmente no que tange à discriminação indireta, dispõe de meios de tutela ampla contra a discriminação direta e o assédio.³⁰⁴ Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor introduz efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de proteção do consumidor, de controle da manifestação de vontade livre e das cláusulas que compõem o contrato de consumo.

3.3.1 Dever de contratar

Ainda que se reconheça, que no direito brasileiro a ideia de liberdade de contratar e o princípio da autonomia privada sejam prevalentes, e que não há no direito civil um dever geral de contratar, em se tratando de relação de consumo o tratamento é diverso, pois, no âmbito dessas relações a possibilidade de escolher contratar ou não é condicionada.

Ao consumidor não há, em regra, a possibilidade de fazer uma proposta cabendo a ele somente aceitar a proposta apresentada pelo fornecedor. Assim sendo, a publicidade agrega-se ao contrato a ser celebrado e o dever de contratar surge no exato momento em que o consumidor declara sua aceitação.³⁰⁵

Pode-se afirmar, portanto, que há casos em que o dever de contratar integrará a relação jurídica. Esse é o caso do produto ou serviço apresentado com determinadas características ou qualidades. Tais atributos devem compor o produto a ser fornecido, caso contrário, o consumidor poderá exigir que o contrato seja realizado nos moldes do que lhe foi ofertado.

A oferta e a publicidade vinculam o fornecedor e faz surgir o dever de contratar, bem como a obrigação de cumpri-lo em seus exatos termos.

Estipula o art. 35 do Código de Defesa do Consumidor, que o consumidor pode escolher entre o cumprimento forçado da obrigação, segundo o conteúdo da oferta, publicidade ou apresentação, a aceitação de um fornecimento equivalente ou a rescisão do contrato.

³⁰⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.403.

³⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.413-414.

Na formação do contrato também se pode vislumbrar o dever de contratar, art. 35, I, e o art. 39, II, do Código de Defesa do Consumidor, quando ao fornecedor não lhe cabe a opção de escolher com quem irá contratar na relação de consumo. Isto ocorre quando houver a recusa em vender um produto existente em estoque ou prestar um serviço a um consumidor que se disponha a adquiri-lo. O consumidor pode exigir a cumprimento forçado dessa obrigação por estar no rol descrito no art. 39 do código consumerista e configura prática abusiva o fornecedor "recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais" - inciso IX.

Impende destacar, que o dever de contratar protege os discriminados contra recusas contratuais discriminatórias. Trata-se de verdadeira sanção prevista no direito consumerista que, em contrapartida, não há dispositivo similar no Código Civil para aplicação nas relações civis e comerciais. Nesta seara, é o direito à indenização por perdas e danos que se faz presente no caso de recusa discriminatória. Desta forma, no caso de imposição da contratação, a autonomia privada tem seu caráter operativo abreviado, diferente dos contratos civis, nos quais tal imposição de limitação se mostraria desproporcional.³⁰⁶

Nesses termos, o legislador pretendeu evitar a discriminação, ou seja, a fim de coibir que o fornecedor deixe de efetivar a venda a um determinado consumidor ou a uma categoria de consumidores a fim de prestigiar outros consumidores. Não se está a impor a contratação se não houver o produto, o que se pretende é evitar a discriminação daquele que quer adquirir o produto existente em estoque.³⁰⁷

Nessa esteira, verifica-se que ao fornecedor não é dado escolher com quem contratar e, sim, o dever de contratar lhe é imposto, sob pena de ser condenado a indenizar esse consumidor, a não ser que comprove que "estava impossibilitado de prestar o serviço ou que, por motivo de força maior, não lhe foi dado vender seu produto ao consumidor", caso contrário, resta configurada a prática de ato ilícito,

³⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.414.

³⁰⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica.** In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.745.

passível de ser reparada, consoante determinam o art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor e o art. 927 do Código Civil.³⁰⁸

A proibição da recusa em contratar também se manifesta na lei de Planos de Saúde – art. 14 da Lei nº 9.656/1998 – a qual veda a discriminação do consumidor em razão da idade ou por ser portador de alguma doença. Desta forma as operadoras de plano de saúde não podem deixar de prestar serviços ao idoso, seja por sua idade ou pela existência de doença pré-existente, portanto, o dever de contratar se faz presente.³⁰⁹

Como forma de cumprimento das normas constitucionais, inclusive o direito fundamental à defesa do consumidor, e visando proibir práticas e condutas nocivas ao consumidor é que o dever de contratar surge como uma forma de igualar as partes ou ao menos impedir as discriminações.

3.3.2 Reparação dos danos extrapatrimoniais

Inicialmente cumpre enfatizar que para o tema objeto deste trabalho, a não discriminação no direito contratual do consumo, a indenização decorrente de dano moral tem maior prevalência frente ao dano patrimonial, na medida em que reduz a necessidade de se recorrer ao dever de contratar e garante o direito do discriminado.³¹⁰ Além disso, no âmbito das relações de consumo, “o caráter invasivo das técnicas de comunicação, informação, produção e circulação de bens, publicidade... é que tem motivado com maior intensidade lesões a direitos da personalidade”.³¹¹

A Constituição Federal insere o valor da proteção do consumidor como um dos princípios da ordem econômica – art. 170, V - assegurada pelo direito fundamental da livre iniciativa econômica em busca da realização do bem de todos.

³⁰⁸ Nesse sentido: TJRO - Apelação: APL 10000120070162289 RO 100.001.2007.016228-9 Julgamento: 27/01/2009 Órgão Julgador: 1ª Vara Cível.

³⁰⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica.** In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.746.

³¹⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.411.

³¹¹ BITTAR, Eduardo C.B. **Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações.** Revista de Direito do Consumidor 33/182-190.São Paulo: RT, jan.-mar. 2000. *Apud* MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. RDC 49/40.jan-mar. 2004. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.440.

Neste compasso, as normas jurídicas de responsabilidade civil de ordem pública e de interesse social existentes no Código de Defesa do Consumidor – art. 1º - representam um controle do mercado marcado pela preocupação com a pessoa humana impedindo a redução da dignidade a um valor de troca ou a um mero cálculo econômico.³¹²

A responsabilidade civil evoluiu na esteira da relevância obtida pelos acidentes com produtos defeituosos, constatando-se um ponto de proximidade entre o direito contratual e o delitual. Índícios dessa convergência foram percebidos pela ineficácia das cláusulas limitativas de responsabilidade – decorrentes da autonomia da vontade; a identificação da culpa profissional à culpa grave o que considerava o defeito um ato intencional em razão da paridade da culpa grave com o dolo; “o conteúdo das obrigações em matéria de segurança, que resguarda contra os usos e riscos dos produtos tanto o adquirente quanto terceiros”.³¹³

A evolução da responsabilidade civil foi sentida, em diversas áreas, pelo fato de possibilitar a responsabilidade objetiva, ou seja, em determinados casos, não se exige a comprovação de culpa apenas o dano é indissociável do dever de reparar,³¹⁴ e pode ser presumido em algumas situações.

³¹² BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do comerciante por defeito do produto.** In: **LOTUFO, Renan (coord.) 20 anos do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2011.p.355-377.p.358.

³¹³ PASQUALTTO, Adalberto. **Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul.** *Revista de Direito do Consumidor* RDC 42/48. Abr.-jun./2002. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos.vol. V.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.567-608.p.585.

³¹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL. DÉBITO INDEVIDO. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO EM QUANTUM RAZOÁVEL. MAJORAÇÃO. REPETIÇÃO EM DOBRO. ENGANO JUSTIFICÁVEL. NÃO OCORRÊNCIA. VERBA ADVOCATÍCIA. AUMENTO.1. Consoante o artigo 14 do CDC, nas relações consumeristas o prestador de serviços deve reparar o dano sofrido pelo consumidor independentemente da averiguação da culpa. A responsabilidade objetiva prevista neste dispositivo legal decorre da teoria do risco profissional, de modo que, no caso, incabível que às rés pretendam transferir os riscos de sua atividade a terceira de boa-fé, isto é, que pretenda que a responsabilidade decorrente da concessão de crédito a pessoa que porte documentos falsos recaia sobre a terceira de boa-fé lesada pelos protestos indevidos em seu nome.2. Desnecessária a prova de danos morais, pois já é remansoso o entendimento no sentido de que o dano moral puro da pessoa física independe da prova do prejuízo, bastando a simples comprovação do fato. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 762.267/RS; Relator Ministro Castro Filho; DJU 20.04.2006).3. O "quantum" indenizatório deve ser fixado atendidas as peculiaridades do caso, de modo a proporcionar a vítima o necessário abrandamento da dor e ao mesmo tempo servir como penalidade de caráter pedagógico ao fornecedor, desestimulando-o a proceder desidiosamente, no futuro. 4. Uma vez modificado o valor da indenização por dano moral, a correção monetária e os juros de mora sobre ele incidentes passam a fluir da data da nova fixação, conforme precedente do STJ (REsp 888751/BA).

Esclarece Maria Celina Bodin de Moraes que, mesmo diante de suas vantagens, a responsabilidade fundada na culpa não foi eliminada ou substituída pela responsabilidade objetiva. De acordo com a autora, a responsabilidade objetiva é reservada às relações nas quais há intrínseca desigualdade entre as partes, como é no caso das relações de consumo.³¹⁵

Nesse ponto, Maria Celina Bodin de Moraes assinala que “muitas são as teorias a conceituar o dano como pressuposto inafastável da responsabilidade civil. De fato, quando se trata do direito da responsabilidade civil, usualmente se pontua: se não há dano, não há o que indenizar”.³¹⁶

Ultrapassa-se a resistência quanto à possibilidade de indenização por dano moral pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual elegeu como tema central do ordenamento jurídico a pessoa e, conseqüentemente, como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana - art.1º, III - além de fazer menção expressa à indenização por dano moral no art. 5º, incisos V e X. O Código de Defesa do Consumidor menciona como direito básico do consumidor prevenir e reparar os danos morais – art. 6º, VI e VII – e, como norma de ordem pública que é, passou a ser exigível efetivamente nesta seara a partir da sua entrada em vigor. Por fim, o Código Civil vigente, ao tratar do ato ilícito enfatiza que o dano pode ser exclusivamente moral – art.186 CC.³¹⁷

Eis que é relevante enfatizar que o dano moral pode atingir não só uma pessoa individualizada como também uma coletividade, um grupo de pessoas que ligadas entre si por elementos de direito ou de fato, que se denominam interesses coletivos difusos e individuais homogêneos – art. 81, parágrafo único de Código de Defesa do Consumidor. Danos morais de cunho coletivo começaram a aparecer depois da instituição da Lei de Ação Civil Pública e outras leis sobre a coletividade

(TJPR - 15ª C.Cível - AC 979394-2 - Londrina - Rel.: Hayton Lee Swain Filho - Unânime - J. 05.12.2012)

³¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In:TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.847-881.p.859.

³¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de.**Danos...**p.144.

³¹⁷ Ainda, a Súmula 37 do STJ que prevê: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”.

da defesa de interesses ganhando destaque as relações de consumo e preservação ambiental.³¹⁸

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o reconhecimento da possibilidade de indenização por dano moral é decorrente da mudança que houve na própria noção de justiça e, assim aduz sobre o princípio da responsabilidade:

O princípio decorre diretamente da ideia de justiça que tem a sociedade na qual incide. E o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de Justiça: o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a ser evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de pouco anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito. Apesar do reconhecido aspecto não-patrimonial dos danos morais, a partir de determinado momento tornou-se insustentável tolerar que, ao ter um direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão a um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro.³¹⁹

Há divergências doutrinárias quanto à caracterização de dano moral. Leonardo Roscoe Bessa cita três correntes, as quais consideram mais relevantes para o tema dano moral coletivo. A primeira, o autor afirma que já não é adotada de maneira majoritária pelos tribunais, porém, considerada a mais tradicional, o dano está diretamente ligado a dor ao abalo psíquico e deve ser comprovado. Alerta Leonardo Roscoe Bessa que as duas outras teorias não exigem a comprovação do efetivo dano, apenas a afronta a direitos da personalidade (honra, liberdade, imagem, integridade física) já bastaria para a configuração do dano moral, independente da dor psíquica provocada.³²⁰ Esse entendimento é verificado nas decisões sobre a inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito, nos quais a pretensão ao dano moral é atendida com a demonstração da inscrição irregular, pois o dano é presumido.³²¹

³¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação de danos morais em relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. RDC 20/15.abr.-jun./1997. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.468.

³¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos...**p.147-148.

³²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 59/78.jul.-set./2006. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.517.

³²¹ Nesse sentido são as decisões a seguir colacionadas: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO

Ampla é o universo de proteção do consumidor, situações das mais diversas que implicam o dever de indenizá-lo. Desde sua previsão formal de direitos básicos (art.6º), o Código de Defesa do Consumidor prevê responsabilização do fornecedor por vícios; impõe o dever: de prestar previamente as informações necessárias, de apresentar orçamentos, etc; coíbe práticas abusivas; veda publicidade enganosa e abusiva; proíbe cláusulas abusivas, entre outras.

A frustração das finalidades do contrato ensejarão danos de ordem moral quando importarem, pelo caráter específico da relação, em situações de afetação psíquica do consumidor em virtude de seu descumprimento. Nesse contexto, o descumprimento contratual do fornecedor na prestação de serviços de saúde por não dar cobertura a tratamento de determinada doença ou a equipamento, prótese necessários, sem dúvida, ultrapassa a esfera do mero dissabor, pois se está pondo em risco a própria saúde e/ou integridade física do consumidor, o que enseja a indenização pelo dano moral sofrido.³²²

CRÉDITO. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de só possibilitar a revisão do montante indenizatório fixado pela instância ordinária quando absurdamente excessivo ou irrisório o que não ocorre na espécie. 2. A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1078183/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009); APELAÇÃO CÍVEL 01 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL PRESUMIDO - DEVER DE INDENIZAR - VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE SE MOSTRA ÍNFIMO - MAJORAÇÃO - RECURSO PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL 02 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NULIDADE DE CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA - PESSOA JURÍDICA - CITAÇÃO REALIZADA NA PESSOA DE FUNCIONÁRIA DA EMPRESA - TEORIA DA APARÊNCIA - VALIDADE - SÚMULA 385 DO STJ - INAPLICABILIDADE - DEMAIS INSCRIÇÕES EFETUADAS EM PERÍODO DIVERSO - DANO MORAL PRESUMIDO - DEVER DE INDENIZAR - VALOR DA INDENIZAÇÃO ÍNFIMO - MAJORAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 13ª C. Cível - AC 876519-5 - Foz do Iguaçu - Rel.: Cláudio de Andrade - Unânime - J. 21.11.2012).

³²² Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL - DEMANDA INDENIZATÓRIA - RECUSA INDEVIDA À COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE - BENEFICIÁRIA QUE, PREMIDA POR RISCO DE MORTE, EFETUA DESEMBOLSO PARA AQUISIÇÃO DE STENT - CIRCUNSTÂNCIA CONFIGURADORA DE COBRANÇA INDIRETA, AUTORIZANDO, EM PRINCÍPIO, A APLICAÇÃO DA PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC, EM DESFAVOR DO FORNECEDOR - AUSÊNCIA, TODAVIA, DE MÁ-FÉ NA CONDUTA DA OPERADORA - NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DECRETADA EM JUÍZO - IMPOSSIBILIDADE DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Devolução em dobro de indébito (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor). Pressupostos necessários e cumulativos: (i) cobrança extrajudicial indevida de dívida decorrente de contrato de consumo; (ii) efetivo pagamento do indébito pelo consumidor; e (iii) engano injustificável por parte do fornecedor ou prestador. 1.1. A conduta da operadora de plano de saúde que nega indevidamente fornecimento de stent, para aplicação em intervenção cirúrgica cardíaca, forçando o consumidor a adquiri-lo perante terceiros, configura cobrança extrajudicial indireta, ocasionando locupletamento do fornecedor e, por isso, possibilita, em tese, a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC. 1.2. Todavia, resta

Merece destaque nesse ponto, o fato de que o Código de Defesa do Consumidor trouxe o princípio da boa-fé como uma norma de deveres e de conduta. Decorre da boa-fé o dever de informar, o qual ganha relevância para a matéria de responsabilidade civil objetiva, principalmente pelo fato de que a contratação massificada não dá a oportunidade de qualquer alteração substancial no contrato, o consumidor acaba por aderir a cláusulas pré-fixadas pelo fornecedor.

Sendo a Constituição o epicentro do ordenamento jurídico, todas as normas devem ser interpretadas conforme a Constituição e seus princípios fundamentais. Assim, o fundamento da responsabilidade objetiva buscando seu fundamento ético-jurídico será o princípio da solidariedade social. Maria Celina Bodin de Moraes menciona que o princípio da solidariedade funda-se em um dever. “A atitude solidária conecta-se com o respeito à diferença, pelo qual a pessoa humana apreende que o outro também pertence ao mundo”, expressa responsabilidade para com o outro, sem depender de qualquer reciprocidade.³²³

Em decorrência do princípio constitucional da solidariedade social, pois, distribuem-se e socializam-se as perdas e estendem-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano (injusto ou injustificado) da vítima para os responsáveis pelo ato ou atividade bem como para os pais, tutores e curadores, empregadores etc.³²⁴

ausente, no caso, a má-fé do prestador do serviço, pois a negativa apresentada ao consumidor, ainda que abusiva, encontrava-se prevista em cláusula contratual, presumidamente aceita pelas partes quando da celebração do negócio jurídico. Não configurada a má-fé na cobrança extrajudicial, direta ou indireta, inviabiliza-se a cominação da penalidade atinente à repetição do indébito em dobro. Precedentes. 2. Termo inicial dos juros de mora e da correção monetária. 2.1. A Segunda Seção desta Corte consolidou o entendimento de que o cômputo dos juros moratórios, resultantes de inadimplemento de obrigação contratual, inicia-se na data da citação do réu, por força da norma cogente inserta no artigo 405 do Código Civil de 2002. Ademais, à luz da premissa lógico-jurídica firmada pelo citado órgão julgador, quando do julgamento do Recurso Especial 1.132.866/SP (Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, julgado em 23.11.2011, DJe 03.09.2012), a iliquidez da obrigação (como é o caso da indenização por dano moral) não tem o condão de deslocar o termo inicial dos juros moratórios para a data do arbitramento definitivo do quantum debeat. 2.2. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula 362/STJ). 3. Recurso especial desprovido. REsp 1177371/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 30/11/2012.

³²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In:TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.847-881.p.867.

³²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In:TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.847-881.p.869.

No contexto do presente trabalho, importa dizer que a previsão de indenização decorrente de danos extrapatrimoniais tem como pressuposto o princípio da dignidade humana. A pessoa humana considerada como centro do sistema jurídico brasileiro ressalta a importância do direito à igualdade, do direito a não discriminação, dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, do direito à reparação de danos.

Dessa forma, observando a tutela jurídica advinda da Constituição Federal a proteção é direcionada ao consumidor como pessoa qualificada de modo específico pela posição jurídica que ocupa na relação de consumo. Ponderando a desigualdade inerente às relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor discrimina-o de forma positiva e, semelhante aos demais direitos subjetivos, reconhece como direito básico do consumidor o direito à integridade moral.

No caso de discriminação direta o dano moral é individual, o caráter abusivo da conduta do fornecedor pauta-se justamente no tratamento prestado de maneira diferenciada e sem qualquer justificativa. O fato de incutir em sua conduta a violação da integridade moral do consumidor enseja a pretensão de indenização pelo dano correspondente. Trata-se de proteção integral que prevê a obrigação do fornecedor à reparação de danos de acordo com a necessidade de se proteger a integridade e dignidade dessa pessoa que é o consumidor.

No caso de discriminação indireta o dano moral atinge uma coletividade. A publicidade abusiva ou a violação da honra de determinado grupo composto por negros, mulheres, deficientes são exemplos de discriminação que, regra geral, configuram a indenização por danos morais.

A ocorrência de dano moral coletivo foi constatada e reconhecida pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça – pela 3ª Turma ao confirmar a condenação de um banco em danos morais coletivos por manter caixa de atendimento preferencial somente no segundo andar de uma agência, que somente era acessível por escadaria de vinte e três degraus. Os ministros consideraram desarrazoado submeter a tal desgaste quem já possui dificuldade de locomoção.³²⁵ Outro caso de

³²⁵ RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE

dano moral coletivo também apreciado pelo tribunal brasileiro foi das “pílulas de farinha” colocadas no mercado de consumo depois de uma experiência com uma máquina de embalar. Os fatos foram relacionados diretamente à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação que estes possuem e à compensação pelos danos morais sofridos.³²⁶

Resta destacar que para a condenação da reparação por danos morais (ou extrapatrimoniais) difusos e coletivos tem mais um caráter punitivo que decorre do interesse geral de proteção desses direitos como formar de reprimir a conduta do ofensor.

Todavia, o dano moral, tanto coletivo como individual, configura-se com uma conduta abusiva por parte do fornecedor que, no exercício de sua liberdade contratual, acaba por ofender o consumidor em sua esfera moral.

DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido. (REsp 1221756)

³²⁶ Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Alegação de contradições no acórdão. Discussão a respeito da juntada extemporânea de suposto paradigma. Inovação na causa. Configuração da responsabilidade objetiva da ré. Desnecessidade de análise de dispositivos relativos à responsabilidade subjetiva. - A juntada extemporânea de suposto paradigma, cerca de dois anos após a interposição do recurso especial, não pode ser considerada no julgamento deste.

Precedente. - De qualquer sorte, haveria inovação na causa, decorrente não apenas da juntada em si do acórdão, mas também porque as razões de recurso especial não haviam analisado a controvérsia de acordo com a perspectiva do suposto paradigma. - Não há qualquer omissão no acórdão do Tribunal de Justiça que deixa de tratar de determinados dispositivos de Lei Federal relativos à responsabilidade subjetiva, quando toda a discussão, desde a inicial, versou sobre a existência de responsabilidade objetiva, nos termos do CDC. Embargos rejeitados. (REsp 866636. Ministra Nancy Andrichi).

Desta feita, o consumidor que sofre lesão em qualquer elemento da substância da dignidade humana, quais sejam, igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade, tem direito ao ressarcimento do dano extrapatrimonial e/ou patrimonial que lhe foi causado.

3.3.3 A discriminação na publicidade e na oferta

A publicidade, um dos elementos principais do consumo, serve para propagar uma oferta, podendo exercer influência positiva ou negativa nos consumidores e até mesmo criar desejos e vontades até então inexistentes e, por outro lado, informar os consumidores.

O legislador consumerista preocupou-se com a publicidade em diversos dispositivos, ora elencando a publicidade como uma fonte de obrigações – art. 30, Código de Defesa do Consumidor, ora proibindo o abuso e engano na veiculação da publicação e, ainda estabelecendo obrigações ao fornecedor – art. 36 a 38.

Como se vê, o legislador tratou de maneira distinta a publicidade enganosa e a abusiva. A publicidade enganosa é proibida com a intenção de prevenir danos e afrontas ao princípio da transparência e da veracidade que compõem os deveres da publicidade. Já a abusiva, não está relacionada a ocorrência de falha no dever de informar, mas sim, a mensagem é desvirtuada. Nesta seara, existem situações em que se pode evidenciar afronta aos direitos fundamentais, como no caso de mensagens discriminatórias ou abusivas. Publicidade abusiva é, nas palavras de Claudia Lima Marques, a publicidade antiética.³²⁷

De tal modo, a publicidade quando efetivamente precisa, passa a ter os efeitos jurídicos de uma oferta – art. 30 Código de Defesa do Consumidor. Daí decorre a importância do fornecedor atentar àquilo que veicula porque a ela (publicidade) se vincula. As sanções previstas para a publicidade abusiva ou ilegal vão desde a contra-publicidade (art.56, XII, do CDC) até o reconhecimento como crime punido com multa e detenção de três meses a dois anos (art. 67 e 68, CDC).

Cabe ressaltar que o ônus da veracidade ou da não abusividade é do fornecedor. Em tema de publicidade discriminatória e, portanto, abusiva, o Código

³²⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.835.

de Defesa do Consumidor prevê a utilização de vários mecanismos de defesa ao consumidor (individual ou coletivo), dentre elas, pleitear indenização por danos morais ou materiais, bem como a imposição de multa e contrapropaganda, a suspensão da publicidade a fim de coibir afronta aos direitos constitucionais.

Diante da liberdade do fornecedor de anunciar seus produtos e serviços e da vulnerabilidade e potencialidade de lesão ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê como abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, segundo o art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor,³²⁸ ou ainda, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência de uma criança ou de um idoso, o que contribui para aumentar a segregação social.

Com efeito, o direito constitucional ao tratamento igualitário não pode ser atingido por publicidade abusiva. O direito tutela o consumidor contra os desvios da publicidade e, assim sendo, é considerada discriminatória a publicidade que acolha opiniões preconceituosas relativas ao sexo, à raça, à opção sexual, à nacionalidade, à profissão e às convicções religiosas e políticas. Dentre os muitos casos existentes pode-se citar a as propagandas de bebidas alcoólicas, nas quais a mulher é reportada a um objeto de consumo e desejo masculino ou uma propaganda de maionese, em que figuram pessoas afrodescendentes como canibais em busca da presa (caça), um homem branco.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin esclarece que da forma como tratada pelo Código de Defesa do Consumidor a publicidade abusiva é uma inovação, pois o conceito transporta a noção de exploração ou opressão do consumidor. Enfatiza o autor que os casos trazidos pelo art. 37, §2º é uma mera indicação de casos de publicidade abusiva, cabendo aos aplicadores da lei “adaptarem o texto legal às práticas multifárias do mercado”.³²⁹

Nesse contexto, a publicidade abusiva é discriminatória quando incita o preconceito, a violência e outras atitudes ofensivas contra determinado grupo ou pessoa sem qualquer respeito aos valores contidos no ordenamento jurídico,

³²⁸ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.]Op.cit.p.339-341.

discriminando a pessoa, o consumidor, sob qualquer ângulo ou pretexto³³⁰ em total desrespeito à dignidade humana.

A chave de leitura da proibição de publicidade discriminatória é a busca da proteção do consumidor na sua dupla face existencial, tanto como sujeito no mercado de consumo, como também titular de direitos e garantias fundamentais.³³¹

3.3.4 Proibição de cláusulas abusivas

As cláusulas contratuais gerais que não atendam a relação de equivalência decorrente da justiça contratual, da boa-fé ou da função social devem ser fiscalizadas em prol da igualdade jurídica das partes. Diante da falta de autonomia privada, consequência dos contratos em massa e da prevalência do poderio econômico dos fornecedores, o sistema jurídico traz “medidas de tutelas compensatórias a favor do contraente em situação de inferioridade, lançando mão de instrumentos que intentam melhorar a autodeterminação das partes no contrato”.³³²

Nesse compasso, a Diretiva Comunitária Europeia nº 13 de 1993 descreve que: “uma cláusula que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”, afirmando que se identifica se uma cláusula não foi objeto de negociação individual “sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão”.³³³

O legislador ditou normas protetivas e direitos ao consumidor e, em contrapartida, criou, em um primeiro momento, deveres para o fornecedor para assegurar a proteção na fase pré-contratual e na formação do vínculo. Em um segundo momento, cria normas que tutelam o consumidor depois da formação do

³³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] Op.cit.p.343.

³³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] Op.cit.p.339-341.

³³² MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Cláusulas abusivas, leoninas e potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma teoria geral de controle de abusividade?** In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.237-286.p.238.

³³³ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Op.cit.p.249.

contrato por meio de um efetivo controle judicial de seu conteúdo, vedando a existência de cláusulas abusivas.³³⁴

O Código de Defesa do Consumidor elenca a tutela do consumidor contra práticas e cláusulas abusivas como direito básico do consumidor – art. 6º, IV -, bem como o previne de tais cláusulas declarando-as nulas de pleno direito - art. 51. Todavia, a expressão “cláusulas abusivas” não foi definida pela legislação consumerista e sua evidência ficou presumida por determinadas práticas – arts. 39 e 51 – ou de maneira expressa – art. 53 – ou ainda ficou a cargo da jurisprudência, por intermédio de cláusulas gerais – art. 51, IV - determinar seu conteúdo.³³⁵

Claudia Lima Marques expõe que para se definir ‘abusividade’ é possível seguir dois caminhos: o primeiro relacionado ao abuso de direito (representado pelo uso malicioso ou desvirtuado de um poder concedido ao agente) e o segundo conecta a abusividade à boa-fé objetiva ou à lesão. Aduz a autora que a primeira direção pode ser útil, porque só pode ser abusivo o que extrapolou os limites. O abuso de direito se concretiza na falta praticada ou no excesso quanto à finalidade do direito que lhe pertence. No que tange à lesão, a característica básica percebida nos contratos comutativos é a desproporcionalidade das prestações, fulcrado na inexperiência e necessidade premente em concluir aquele negócio.³³⁶

Cabe enfatizar que o abuso de direito, no caso do direito do consumidor, está centrado no *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos especiais e a presunção jurídica de sua vulnerabilidade.³³⁷

Claudia Lima Marques traz alguns exemplos que a jurisprudência avista como cláusulas abusivas: (a) de exclusão ou limitação de responsabilidade contratual; (b) de exclusão ou limitação de responsabilidade contratual e extracontratual; (c) de limitação da obrigação em contratos que envolvam saúde como: exclusão de determinadas doenças da cobertura do seguro ou plano, exclusão de determinados

³³⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.934.

³³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.935.

³³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.936-939.

³³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor.RDC 72/41.out.-dez/2009. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor....**p.233.

tratamentos, exames e limites à internação e, ainda, as que envolvem carências; (d) de decaimento ou perda significativa das prestações pagas, entre outras.³³⁸

Alerta, ainda, Claudia Lima Marques que a tendência no direito comparado e na interpretação do Código de Defesa do Consumidor é “conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva”, em face do qual se caracterizará uma cláusula como abusiva independente do potencial econômico do fornecedor.³³⁹

Antônio Carlos Efig afirma que para sanar os abusos nos contratos, surgem os instrumentos de controle das cláusulas abusivas, tudo em busca da efetividade da justiça contratual e da equidade. Assim, as cláusulas contratuais podem ser atendidas no momento de sua formação quando se projetará o controle sobre o consentimento ou, ainda, sobre o próprio conteúdo do contrato, atendendo a razoabilidade das prestações, donde decorre o cuidado com a lesão.³⁴⁰

As cláusulas abusivas contidas na lista do art. 51 do CDC são consideradas pelo legislador brasileiro como nulas, prevendo ou escondendo a norma geral de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé, contida no inciso IV dessa lista única. As cláusulas abusivas do art. 51, cujo rol é meramente exemplificativo, são nulas porque não são passíveis de se sanar, mas o art. 6º, inciso V, do CDC traz a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais como um dos direitos básicos do consumidor “fazendo pensar que não só a nulidade absoluta serviria como sanção, mas também que seria possível ao juiz *modificar o conteúdo* negocial.”³⁴¹ e

³⁴²

Claudia Lima Marques propõe uma exegese do art. 51 inspirado pela noção de vulnerabilidade do art. 4º, I e a lista de direitos básicos do art. 6º, afirmando que é preciso servir-se dos verbos “proteger” e “modificar” contidos neste último artigo. Defende que o direito de proteger a parte débil exige uma “sanção” pesada, representada pelo dever de ofício do juiz de controlar as cláusulas abusivas. Modificar seria para ela sanar e entende que a desproporção em um contrato não é

³³⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**.... p.976-1138.

³³⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**....p.941.

³⁴⁰ EFING, Antônio Carlos.Op.cit.p.250.

³⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**....p.945-946.

³⁴² Interessante mencionar que o CDC tem como princípio a conservação do contrato disposto no §2º, do art. 51, *in verbis*: “§ 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”.

presumida absolutamente como abusiva, podendo ser controlada pelo juiz se houver exagero ou vantagem exagerada na prestação.³⁴³

Configura-se uma cláusula abusiva como discriminatória, na medida em que onere, coloque em desvantagem excessiva ou limite os direitos do consumidor. Regra geral, referidas cláusulas possuem como “pano de fundo” a intenção de não contratar ou não mais manter o contrato com aquele consumidor pela despesa que pode vir a gerar, pelo aumento do risco. Tal situação é facilmente e comumente verificada no caso dos aumentos da contribuição por mudança de faixa etária em planos de saúde e seguro, essas espécies de cláusulas constituem uma verdadeira “cláusula barreira” à continuidade do consumidor no plano,^{344 e 345} mesma sorte se tem nos casos das cláusulas que excluem da cobertura do tratamento de determinadas doenças cláusulas limitativas do tempo de internação, especialmente em face da impossibilidade de se prever o tempo exato da cura.³⁴⁶

É de se destacar que o consumidor, não raras as vezes, nem sequer é informado sobre a existência de cláusulas restritivas de seus direitos e cria a expectativa e a confiança de que no momento que necessitar poderá usufruir do que acreditou contratar.

Nesse contexto, a incidência de cláusulas abusivas resulta no desequilíbrio das partes contratantes que se visualiza, mais facilmente e evidente, nos contratos de adesão, nos quais, regra geral, a parte se vê obrigada a contratar ou até mesmo manter daquela forma estipulada. Desse fato decorre a proteção do consumidor como condição básica para o equilíbrio das relações contratuais ante o reconhecimento de sua vulnerabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor – art. 4º, I.

Compete aos direitos fundamentais demarcar de maneira direta a fronteira entre o que é lícito e o que é ilícito, entre o que é válido e o que é inválido,³⁴⁷ possibilitando a configuração e, conseqüentemente, a exclusão de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

³⁴³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....**p.947.

³⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.1109.

³⁴⁵ Assim o Recurso Cível Nº 71002427177, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 23/02/2010.

³⁴⁶ REsp 361.415/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02.06.2009, DJe 15.06.2009.

³⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.408.

Dessa forma, a incidência de cláusulas restritivas ou impeditivas dos direitos do consumidor constitui discriminação atentatória aos direitos fundamentais do consumidor. Consagrada constitucionalmente como um direito fundamental, a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas representa um de seus principais instrumentos de defesa capaz de ensejar a exclusão e a nulidade de cláusulas com esse conteúdo.

É nesse passo que o Código de Defesa do Consumidor preocupado em atender ao preceito de equilíbrio entre as partes, como um sistema limitador da autonomia das partes e garantidor da equidade contratual, manifesta-se contra as cláusulas abusivas como forma de atender as expectativas dos consumidores e a igualdade substancial das partes impedindo toda forma de discriminação.

3.3.5 Práticas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor deve adaptar sua publicidade, oferta e texto de seus contratos às “normas de prudência e boa-fé impostas aos empresários na promoção de suas vendas”.³⁴⁸

O Código de Defesa do Consumidor determina como prática comercial abusiva e, conseqüentemente, ilícita diversas condutas do fornecedor que, fazendo uso da liberdade contratual, se prevalece de seu potencial frente ao consumidor. O legislador considerou abusiva uma série de práticas comerciais, e desde já se afirma que esse rol que dispõe os arts. 39, 40 e 41 do código consumerista, não é exaustivo.

Especificamente no art. 39 o legislador apresenta uma lista com hipóteses de práticas comerciais vedadas. Claudia Lima Marques propõe que essa lista seja dividida em quatro grupos.³⁴⁹

O primeiro grupo veda a prevalência do fornecedor em razão de sua capacidade técnica e econômica para a determinação de condições prejudiciais ao consumidor, é vedada a prática de venda casada (inciso I); a exigência de vantagem manifestamente excessiva (inciso V) e a ausência de prazo para que o fornecedor cumpra com sua obrigação ou deixe a seu exclusivo critério.

³⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.839.

³⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos....** p.841-851.

No segundo grupo de práticas abusivas tem-se aquelas, nas quais o fornecedor se aproveita da fraqueza ou ignorância, da vulnerabilidade social ou cultural do consumidor (art. 39, IV, CDC) e aqui se enquadram todas as atitudes relativas aos idosos, crianças e deficientes, as chamadas técnicas de venda sob impulso, como o caso de oferta de crédito (ao telefone e nas ruas), de crédito consignado. Contempla esse grupo ainda o inciso VII que proíbe o repasse de listas, listas estas que contêm os nomes dos consumidores que exigiram seus direitos ou que fazem parte de associações de proteção ao consumidor.

Agora, compondo o terceiro grupo estão as práticas de vendas ou modificações contratuais sem solicitação prévia do consumidor, que corresponde à interpretação do inciso III e do parágrafo único do art. 39 do CDC. Nestes casos serão equiparados a amostras gratuitas não ensejando nenhuma obrigação. A jurisprudência já amoldou que além de prática abusiva tal atitude pode representar assédio, podendo ensejar reparação por danos morais pelo transtorno na devolução e cancelamento de um cartão. O inciso X registra como cláusula abusiva a prática de “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

Por derradeiro, o quarto grupo composto pelo inciso II: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”.

Interessante notar que o Código de Defesa do Consumidor proíbe ainda a exigência de vantagem manifestamente excessiva, que, segundo afirma Antônio Carlos Efiging o termo: “vantagem manifestamente excessiva” é vago e deverá ser preenchido pela doutrina e jurisprudência, mas que entende que se enquadrariam nesse caso a vantagem que contraria o espírito do Código de Defesa do Consumidor que está elencado nos seguintes artigos: art. 4º, inciso I – princípio da vulnerabilidade; art. 4º, inciso III – princípio da boa-fé e art. 6º, inciso II – liberdade de escolha e igualdade nas contraprestações.³⁵⁰

Como exemplos de práticas abusivas já verificadas no Superior Tribunal de Justiça, dentre outros, pode-se citar: (i) a prática de se estipular penalidade

³⁵⁰ EFING, Antônio Carlos. Op.cit..p.217-218.

exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor;³⁵¹(ii) o “descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos”;³⁵²(iii) a “venda casada” verificada em cinemas, nos quais é vedado o consumo de alimentos adquiridos fora do estabelecimento cinematográfico configura prática abusiva. Em tal caso, ocorre de o fornecedor, utilizando de sua “superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e preços competitivos”.³⁵³

Uma prática será considerada abusiva também quando de alguma forma houver a ocorrência de discriminação. Nesse sentido, os tribunais brasileiros já enfrentaram por diversas vezes e configuraram como prática abusiva decorrente da discriminação a cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.³⁵⁴

Como se evidencia nas decisões acima mencionadas e no Código de Defesa do Consumidor, pretende-se coibir a existência ou permanência de práticas consideradas abusivas no mercado de consumo, no intuito de garantir que o consumidor não será prejudicado por sua fragilidade perante o fornecedor que pode ser agravada por determinadas situações como idade, condição social ou cultural, partindo da ideia de que a igualdade deve permear a relação de consumo coibindo a qualquer título a discriminação.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin enfatiza que levando em conta os valores resguardados pela Constituição Federal são abusivas as cláusulas que afrontem o direito à dignidade humana, à igualdade e aqui também se pode reportar à proibição de discriminação quanto à origem, raça, sexo, cor e idade, os direitos

³⁵¹ REsp 955.134/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012.

³⁵² REsp 1119044/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011.

³⁵³ REsp 744.602/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 15/03/2007, p. 264, REPDJ 22/03/2007, p. 286.

³⁵⁴ REsp 989.380/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 20/11/2008.

humanos, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ³⁵⁵a liberdade.

3.4 A discriminação nos contratos de consumo em face da jurisprudência brasileira

O Código de Defesa do Consumidor, ao prever normas de proteção ao consumidor, não as restringiu ao interesse meramente econômico “representado pelo equilíbrio das prestações de consumidores e fornecedores” e pelos interesses de conteúdo patrimonial. As normas protetivas do consumidor têm por desígnio, por intermédio do direito, suprir todas as situações de desequilíbrio fático entre consumidor e fornecedor na relação de consumo.³⁵⁶

Os contratos de consumo, regra geral, são ajustados por contratos de adesão, resultando no fato da liberdade negocial se restringir à escolha entre aceitar ou não, aderir ou não àquele contrato. Daí decorre a necessidade de intervenção estatal na autonomia privada, proibindo a incidência de cláusulas abusivas, obstando a onerosidade excessiva e toda afronta à igualdade e ocorrência de discriminação.

Especificamente quanto à discriminação não existe no Direito Privado brasileiro nenhuma norma que trate do assunto como ocorre no direito comunitário criando um princípio geral antidiscriminatório. Diante disso, serve-se da quebra das fronteiras entre o direito público e privado para aplicar, nas relações jurídicas privadas, o princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

A proibição de discriminação tem sua importância mais destacada ainda, quando se leva em conta que garante o efetivo exercício dos demais direitos fundamentais, atingindo o ápice do rol de direitos fundamentais. A proibição de discriminação importa na garantia do tratamento igual das pessoas.

Enfatiza Ingo Sarlet que os direitos fundamentais detêm uma multifuncionalidade, podendo ser classificados basicamente em dois grandes grupos: *direitos de defesa* (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais, - e políticos) e os *direitos a prestações* (integrados pelos direitos a prestações em

³⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] Op.cit.p.367.

³⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Os direitos da personalidade...** p.436.

sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, os representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).³⁵⁷

Sublinha Paulo Mota Pinto, que há um núcleo correspondente aos direitos humanos o qual se prende à dignidade humana. Nesse núcleo, a qualificação do agente é irrelevante, já fora deste núcleo considera-se relevante uma proteção, pelos entes públicos, de particulares frente a outros particulares (igualmente detentores de direitos fundamentais que são) pelo apelo que há de proteção aos direitos fundamentais (lesante - Estado -vítima).³⁵⁸

No que tange à problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem a sua forma de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que forma de positivação, notadamente em virtude da distinção entre texto e norma, possa servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para exame do problema da eficácia e efetividade.³⁵⁹

Diante desse particular, da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais a proteção a estes direitos impõe a intervenção das entidades públicas nas relações entre particulares, evitando a inflexibilidade da vida jurídico-privada.

O direito geral à igualdade lança luzes à questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo em vista que isso afeta a autonomia privada. No âmbito do direito brasileiro, no qual o Constituinte não instituiu expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais,³⁶⁰ a maioria da doutrina e da jurisprudência tende a adotar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Assim, a Constituição, de mero limite ao poder político sem qualquer interferência nas relações privadas, no novo paradigma jurídico de constitucionalização do Direito Privado, dá contornos às relações sociais e econômicas. Decorre daí a assertiva de que a Constituição deve ser aplicada às

³⁵⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia**....p.260.

³⁵⁸ PINTO. Paulo Mota.Op.cit. p.317 e 318.

³⁵⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia**..... Editora do Advogado.2011.p.260 e 261.

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia**.....p.377.

relações privadas de maneira direta, devendo o magistrado interpretar o conflito de acordo com os direitos fundamentais, portanto, à luz da tábua axiológica da Constituição.

Anota-se a lição de Eugênio Facchini Neto o qual defende que se a eficácia de um direito fundamental “dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte)”.³⁶¹

Na teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais defende-se que os direitos fundamentais, aplicam-se diretamente às relações entre particulares em face do postulado da força normativa da Constituição. Desta forma, é de se destacar que a observância do princípio da igualdade e, conseqüentemente, a proibição de discriminação é imposta no âmbito da relação contratual entre particulares. Em outras palavras, o princípio da igualdade como norma de proibição opera eficácia imediata nas relações entre particulares.³⁶²

O problema, para os defensores da eficácia indireta ou mediata, quanto à aplicação do princípio da igualdade nas relações interprivadas revela-se na possibilidade de um particular frente a outro particular invocar para si, de forma direta, uma norma definidora de direitos fundamentais ofuscando a autonomia privada. Não obstante, é inegável que o sujeito de direitos possui liberdade, mas essa liberdade é limitada ao exercício dos demais membros da coletividade em que vive, os limites pressupõem essa liberdade de ação. Todavia, também não se pode desprezar que a convivência de princípios demanda a delimitação de uns em face de outros para que todos possam de alguma forma irradiar seu brilho no ordenamento jurídico.

Explicitando a sintonia de pensamento ao que se expõe nesse tópico, transcrevem-se as palavras de Giovanni Ettore Nanni:

E as limitações existentes tanto com relação à livre iniciativa, à autonomia privada ou ainda à liberdade contratual refletem exatamente a aversão, dentre outros aspectos, ao individualismo ou ao voluntarismo [...]. a

³⁶¹ FACCHINI NETO, Eugênio Op.cit. p.66.

³⁶² STEINMETZ, Wilson. Op.cit.p.260.

liberdade total gera o desequilíbrio e cria possibilidade de prevalência da vontade individual, razão por que a legislação institui limitações ao âmbito de atuação das partes, á liberdade de firmar normas individuais, constituindo então a chamada autonomia privada. Isso tudo, sem olvidar-se da função social do contrato, eis que o contrato deve ser um meio destinado a uma função digna e social, não preponderando a sua instituição para fins meramente individuais e desproporcionais. As limitações não negam mas sim, prestigiam a autonomia privada.³⁶³

Nesse compasso, a liberdade negocial está intimamente ligada ao princípio da igualdade para definição do conteúdo do negócio para os diferentes sujeitos. Desta feita, ao se negar a celebração de negócio jurídico com determinada(s) pessoa(s) ou a adoção de conteúdos distintos para alguns, pode fazer com que o particular recorra ao preceito de igualdade contido na Carta Magna.

A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais implica em proteção contra discriminação no Direito Privado. É importante que se esclareça que, segundo Ingo Sarlet:

Uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.³⁶⁴

A proteção à dignidade humana é fundamento para a restrição à autonomia privada. A igualdade de tratamento é contraposta à autonomia privada. Segundo Jörg Neuner “O princípio da igualdade de tratamento constitui, antes, um direito social em rota de colisão, que apresenta estruturas específicas e exige uma intervenção nos direitos da liberdade apenas em casos excepcionais”.³⁶⁵

No que tange à discriminação em si, quanto ao prejuízo que pode desencadear, destaca-se a discriminação negativa e a discriminação positiva. Por discriminação negativa entende-se aquela em que a pessoa é tratada de maneira diversa ou menos favorável que outra pessoa ou grupo, gerando um prejuízo. A discriminação positiva ocorre quando são adotadas determinadas medidas que

³⁶³ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução....**p.181.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia.....**p.380.

³⁶⁵ NEUNER, Jörg. Op.cit.p.201-202.

conferem uma equalização das partes envolvidas concedendo a um determinado grupo ou indivíduo um tratamento preferencial. A existência de discriminações positivas, como é o caso do direito do consumidor, faz com que se busque uma melhor equalização dos efeitos sociais das desigualdades que são praticadas. Serve também a proteção contra a discriminação a grupos desfavorecidos em inúmeros âmbitos da vida em virtudes de particularidades constitutivas, como é o caso dos deficientes e idosos.

Importa agora tratar do direito de proteção do consumidor ante a proibição de discriminação nos contratos de consumo na perspectiva dos tribunais brasileiros.

Nos tribunais pátrios muitos foram os casos tidos por discriminatórios levados à apreciação, onde a proibição de discriminação tem encontrado incidência de forma direta nas relações entre particulares. A jurisprudência, pautada nas disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, tem sido predominante no sentido de reconhecer como ilegal e discriminatório o caso do reajuste dos planos de saúde em razão da faixa etária após 60 anos, conforme se evidencia nas decisões do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL – SEGURO SAÚDE - ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR NO CURSO DA DEMANDA - NÃO OCORRÊNCIA - CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ O REAJUSTE DOS PRÊMIOS EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA, APÓS OS 60 ANOS DE IDADE DO CONSUMIDOR - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.³⁶⁶

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA (IDOSO). INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO E DE ABUSIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. A jurisprudência deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação. Agravo regimental improvido.³⁶⁷

Nessa espécie de contrato, de planos de saúde, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de considerar como discriminatória e

³⁶⁶ AgRg no REsp 1219965/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011.

³⁶⁷ AgRg nos EDcl no REsp 1113069/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011.

abusiva contra o idoso a cláusula que prevê a incidência de aumento das prestações em decorrência do fator 'idade'. Nesse sentido, as decisões dos tribunais possuem como fundamento comum a aplicação do art. 15, §3º da Lei 10.741/2003 – o Estatuto do Idoso, que prevê que "é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE ABUSIVO POR PARTE DA RÉ COM O IMPLEMENTO DA IDADE (60 ANOS). AUMENTO DE 100% (CEM POR CENTO) QUE SE MOSTRA ABUSIVO, SOBRETUDO POR INVIABILIZAR A PERMANÊNCIA DO CONSUMIDOR QUE CONTRIBUIU AO PLANO POR CONSIDERÁVEL PERÍODO DE TEMPO (14 ANOS). **APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DO ART. 15, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.656/98 E DO ART. 15, § 3º, DO ESTATUTO DO IDOSO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO.** PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO POR PARTE DO JULGADOR SOBRE TODOS OS PONTOS SUSCITADOS QUANDO JÁ TIVER FORMADO O SEU CONVENCIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "A jurisprudência deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação" (AgRg nos Edcl no Resp 1113069/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti). (sem destaque no original)³⁶⁸

Constata-se que tais decisões afastam a incidência do direito fundamental à igualdade ou a proibição de discriminação que é espécie deste princípio, para fazer valer as normas infraconstitucionais. De maneira, diversa, porém, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo condenando ao pagamento de danos morais ao consumidor, ao reconhecer como discriminatória, a recusa por parte de uma seguradora em contratar por possuir o proponente massa corporal acima da média. Neste caso, o tribunal embasou sua decisão nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana - art.1º, III – e na proibição de discriminação descrita no art. 3º, IV:

SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - OBESIDADE DO PROPONENTE - RECUSA DA PROPOSTA PELA SEGURADORA – RECUSA INJUSTIFICADA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 10.000,00.RECURSO PROVIDO.

³⁶⁸ TJSC, Apelação Cível n. 2012.000153-5, de Criciúma, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato , j. 06-03-2012.

(...) o certo é que, com sua conduta, a empresa afrontou a dignidade do autor, dignidade essa que se constitui num dos pilares do Estado Democrático de Direito vigente entre nós, a teor do art. 1º, III, da Constituição Federal. E não se pode olvidar que, consoante a dicção do art. 3º, IV, da mesma Carta Política, também constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do 'bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.³⁶⁹

Nessa mesma esteira, reconhecendo a existência de discriminação no caso da negativa de contratar em razão do proponente ser paraplégico a Turma Recursal da Bahia³⁷⁰ determinou o pagamento de danos morais. É de se destacar essa decisão que assim se modelou com base nos princípios constitucionais:

Não obstante seja o contrato um instrumento de circulação das riquezas da sociedade, é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, que, como tal, deve colimar a realização do paradigma de uma nova ordem econômica constitucional, que respeite, em especial, a dignidade do consumidor como pessoa humana.

Embora permaneça a liberdade de contratar, essa liberdade encontra freios no próprio sistema de valores constitucionalmente imposto ao direito privado. Assim, negar seguro de vida a paraplégico simplesmente por esse estado físico fere o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato.

Se a pretensão do recorrente era contratar seguro de vida para a hipótese de morte e a negativa do recorrido se deu com base num "motivo técnico", sem especificação, entendo que houve uma prática abusiva e discriminatória.

[...]

Sem justificativa plausível, simplesmente a recorrida negou a proposta de seguro de vida do recorrente. Por óbvio, em razão da sua paraplegia, somente seria legítima a recusa de cobertura desse estado físico ou de invalidez que o equivalesse. Mas, repita-se, se o objetivo era o seguro de vida em caso de morte (acidental ou natural) a recusa evidenciou-se absolutamente ilegítima.

Se no seguro de vida não se pretende uma indenização propriamente dita, posto ser a vida um bem inestimável, mas sim que em consequência da morte do segurado seja paga certa quantia ao beneficiário designado, sob a forma de capital fixo ou de renda, o estado de paraplegia, per si, não tem o condão de legitimar a negativa. O risco é a própria razão de qualquer contrato de seguro, podendo ser onerado o prêmio do contrato na proporção dele, como ocorre com anciões, cuja elevada idade torna mais próximo o evento morte, aumentando o risco da contratação.

A negativa da contratação ao recorrente, na condição de paraplégico, configurou discriminação, que o constrangeu em medida anormal, configurando o dano moral.

³⁶⁹ TJSP, Ap. civ. Nº 0026182-80.2011.8.26.0602, j. 12/09/2012.

³⁷⁰ Processo: 73071 BA JPCDC-TAM-00073/07-1. Relator(a): FABIANA ANDREA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO. Julgamento: 24.09.2008. Órgão Julgador: 3ª TURMA RECURSAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS.

Entretanto, em virtude da dificuldade, na esfera processual, de se demonstrar os sentimentos negativos no estado anímico do titular do direito violado, adentrando ao campo do subjetivismo, é imperioso tratar a questão com bom senso. Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida a irregularidade na conduta da recorrida, impende ao Julgador, na fixação do dano moral, atuar de forma a desestimular a prática do abuso de direito, incentivando o respeito à pessoa humana e sua dignidade, sem que o “quantum” caracterize enriquecimento indevido e sintonizado com a Teoria do Desestímulo.

Analisando os casos acima apontados, do ponto de vista do direito, o aumento exacerbado do valor das prestações do plano de saúde em razão da idade, a negativa em contratar em razão da deficiência ou da obesidade, notavelmente, são casos de discriminação que ensejam ameaça a proteção individual, bem como a coletiva tratando-se de violação ao direito à igualdade. Todavia, a fundamentação aplicada para reconhecer o direito do consumidor, apesar de existir uma previsão constitucional de igualdade de tratamento, é pautada em normas infraconstitucionais. Com efeito, a proibição de discriminação do consumidor nos contratos de consumo, regra geral, não se fundamenta na Constituição Federal.

No tocante ao direito brasileiro, Jorge Cesa Ferreira da Silva enfatiza que a proteção jurídica contra discriminação está muito focada nas questões individuais e é realizada por intermédio de normas que não estão vinculadas, de maneira direta, à proibição de discriminação, como é o caso da defesa da honra.³⁷¹

A saída utilizada pelos tribunais pátrios para a solução de casos de discriminação é o emprego de instrumentos contidos no Direito Privado como: (i) o dever de indenizar que é imposto àquele que causa dano moral ou patrimonial a alguém; (ii) a revisão contratual; (iii) a nulidade de cláusulas e práticas abusivas. Como argumento utilizam a proteção contra a discriminação existente na legislação infraconstitucional (como o Estatuto do Idoso), quando, na verdade, alcançariam o mesmo fim servindo-se da norma contida no art. 3º, IV, da Constituição Federal que proíbe a discriminação.

A proibição de discriminação tem uma qualificação especial, é considerada como integrante do princípio da igualdade, trata-se de um verdadeiro meio de luta em busca da igualdade substancial nos contratos de consumo, é uma das normas

³⁷¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p. 397-398.

mais importantes contidas na Constituição Federal, pois protege a própria pessoa humana. Além disso, a proibição de discriminação funciona como uma garantia do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Com efeito, constata-se que para atender e repudiar de forma efetiva todas as situações de discriminação que surgem e podem surgir nas relações interprivadas de consumo, há a evidente necessidade do aplicador do direito, atento à defesa da não discriminação, da dignidade humana, aplicar de forma direta e imediata às relações de consumo o princípio da igualdade ou o direito fundamental à defesa do consumidor, pois, a exigência de igualdade de tratamento encontra respaldo na proteção do indivíduo, do grupo envolvido ou no interesse da coletividade,³⁷² e na própria dignidade humana.

³⁷² NEUNER, Jörg. Op.cit.p.203.

CONCLUSÃO

As transformações operadas na sociedade decorrentes da Revolução Industrial, o crescimento populacional e o aumento do consumo, desencadearam a massificação das relações contratuais. Atualmente, o contrato de adesão faz parte do dia a dia do consumidor com suas cláusulas pré-definidas e inflexíveis que, via de consequência, faz desaparecer a bilateralidade, pois, não é possível discutir as cláusulas que compõem o contrato, apenas se escolhe entre aderir ou não àquela avença.

O contrato é o instrumento de circulação de riquezas por excelência, sua importância é ressaltada na relação de consumo por ser o meio de acesso a bens e serviços. Em um primeiro momento, o contrato tinha como pressuposto a autonomia da vontade e fazia lei entre as partes e, ainda, de acordo com os ideais do Liberalismo a igualdade e a liberdade eram seus atributos. Contudo, revelou-se uma realidade diversa e constatou-se que despido estava o contrato dessas substâncias.

Nesse ponto, a Constituição Federal buscou equilibrar as relações contratuais, limitando a livre determinação do conteúdo dos negócios jurídicos, como forma de se resgatar, ou melhor, assegurar a dignidade, a igualdade e a liberdade. Nesta seara, com sua origem pautada na Constituição Federal, tem-se o Código de Defesa do Consumidor, o qual inseriu inúmeras restrições à liberdade contratual, para possibilitar ao consumidor uma maior proteção, posto que é evidente a sua inferioridade diante da outra parte contratante.

A Constituição Federal brasileira prega a dignidade humana como fundamento do Estado. A proteção ao consumidor guarda estreita relação com esse fundamento, não só porque essa proteção estende-se à vida, à saúde, à liberdade, mas, porque é por intermédio do consumo que se tem acesso ao mínimo existencial em uma sociedade na qual prevalece o capitalismo.

O Direito Privado, depois da nova roupagem dada pela Constituição Federal, teve seus institutos funcionalizados, os quais passaram a ter uma função social que é a finalidade determinada pelos objetivos da República: a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma nem mesmo os negócios jurídicos particulares devem afastar-se desse objetivo.

Com a funcionalização do contrato, de autonomia da vontade passa-se à autonomia privada e a mudança é sentida no próprio conteúdo. A liberdade ganha nova feição e deve se adequar à função que esse contrato desempenha na sociedade. O Estado passa a intervir na esfera privada e a regular o contrato como forma de proteger a parte vulnerável, já que se constatou que a igualdade apregoada pela vontade “livre” na formação do contrato era apenas imaginária e busca da igualdade substancial passa a ser a nova meta. O *pacta sunt servanda* é relativizado de modo a garantir o equilíbrio entre os contratantes garantindo a justiça contratual entre as partes. Assim, o fenômeno da igualdade formal como preconizado pelo Estado de Direito Liberal do século XVIII foi contraposto por um direito contratual fundado no reconhecimento da existência de desigualdade entre as partes.

A proteção constitucional do consumidor tem como objetivo não só possibilitá-lo ao consumo, vai além, busca garantir sua liberdade e proporcioná-lo o direito à igualdade, que não é apenas formal, mas de maneira efetiva, substancial. O legislador ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e proibir certas práticas e cláusulas abusivas, ao exigir uma conduta pautada na transparência, na lealdade e na boa-fé objetiva, interferiu na relação de consumo de forma a proporcionar a almejada igualdade das partes, traduzida no equilíbrio contratual, e proibindo a discriminação.

Na perspectiva individual, as normas antidiscriminatórias se legitimam, primeiramente, na defesa do indivíduo diante de situações injustas de diferenciação, fulcrada na ideia de que a discriminação afeta, de maneira injustificada, o exercício dos direitos individuais, os direitos da personalidade e afronta a dignidade humana. Nesse pensar, a proibição de discriminação é ilação do princípio da igualdade e do respeito à dignidade humana.³⁷³

Ainda quanto à legitimação das normas antidiscriminatórias, pode-se focar na perspectiva coletiva, nas relações entre grupos sociais. O fundamento para as normas proibitivas de discriminação, nesse caso, advém do fato de que a proteção de maneira individual se mostra insuficiente para estancar o problema, já que o

³⁷³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit. p.394.

indivíduo em si é um mero “representante” de um grupo que se entende inferior a outros e os atos discriminatórios reflexos da discriminação contra o grupo, porém, o direito brasileiro não trata dos casos de discriminação indireta, há uma lacuna nesse ponto no ordenamento jurídico.

Diante dessa assertiva, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o escopo das normas antidiscriminatórias na perspectiva coletiva é de justamente coibir a hierarquização social, para a obtenção da efetiva igualdade de chance a todos, tendo os sinais de discriminação o papel de elementos indicativos genéricos de onde se identificará um grupo dentro de um todo. Desta feita, será possível que dentro de um todo, apenas determinado grupo seja beneficiado com normas e ações positivas (como no caso das mulheres e os negros) e o fundamento disso está pautado na proibição de hierarquização social.³⁷⁴

Assim sendo, existem alguns sinais que não podem ser utilizados como critério de decisão ou para tratamento diferenciado, como a cor da pele, o sexo, a idade, a religião. Manejados esses sinais como embasamento para a tomada de decisão, estar-se-á diante de uma discriminação *prima facie*. Todavia, há situações em que é permitida a discriminação, por mais que se reconheça a especial conexão que o direito à igualdade tem como a dignidade humana, isso não significa que uma negativa de contratar seja ilícita por ser discriminatória.

Existem contratos que recebem uma atenção especial, cuja proteção do consumidor não se limita ao “estabelecimento de deveres de proteção inerentes à prestação do contrato e respeito às expectativas” ou ao dever geral de respeito à saúde e segurança, como é o caso dos contratos de plano de saúde, em que se considera uma vulnerabilidade especial do consumidor que determina a necessidade de um tratamento especial destes contratos pelo direito, bem como a análise de possibilidade de discriminação positivas face a alguns consumidores como o idoso e os enfermos.³⁷⁵

Diante da pesquisa realizada por este estudo, pode-se afirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais são aplicáveis de maneira direta às relações entre particulares, desta forma é possível que um particular invoque frente ao outro particular um direito fundamental. Tais argumentos ensejam o debate acerca da

³⁷⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op.cit.p. 395-396.

³⁷⁵MIRAGEM, Bruno. **Os direitos da personalidade**....p.446-447.

eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, uma vez que delinham a colisão entre o princípio da igualdade e a autonomia privada.

Não obstante, na nova perspectiva contratual, a autonomia privada deve estar em sintonia com outros princípios que compõem o Estado Democrático de Direito como a igualdade e a solidariedade. A liberdade é redefinida, pois se, antes, a liberdade poderia versar como não sujeição a nenhuma norma, atualmente a liberdade se mostra no ordenamento jurídico como a possibilidade de ser autor e participe das normas a que se estará sujeito.³⁷⁶

Nos contratos de consumo, a aplicabilidade dos direitos fundamentais é um problema de ponderação entre direitos constitucionalmente protegidos que, diante do caso concreto determinará qual direito deve prevalecer.

A proteção do indivíduo se justifica pelo fato de que a liberdade jurídica pode não ocorrer caso estejam ausentes os pressupostos fáticos para a sua observância. A proteção contra discriminação ocorre em virtude da proteção à dignidade humana, limitando a liberdade de um em favor do outro.

Nesse passo, a defesa de uma eficácia direta e imediata das normas de direitos fundamentais nas relações de consumo não implica, por si só, um risco de aniquilação da autonomia privada, pois, assim como os direitos fundamentais a autonomia privada se encontra tutelada constitucionalmente e também há de ser considerada pelo julgador no momento da decisão. A autonomia privada é garantida pela cláusula geral da liberdade, prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal e também pode ser atrelada à dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência pátria tem caminhado para uma aplicação direta e imediata das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, segundo a qual, em caso de colisão entre os direitos fundamentais das partes a ponderação é uma técnica utilizada pelo julgador na solução do conflito.

Entende Paulo Mota Pinto que a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares é a porta de entrada da valoração dos direitos fundamentais, devendo-se, no caso concreto, fazer uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, até no caso em que se reproduza o que está no texto constitucional, ou que contenha conceitos indeterminados ou cláusulas

³⁷⁶ RULL, Ariadna Aguilera. **Prohibición**.p.22.

gerais,³⁷⁷ pois, acredita o autor, é a vinculação entre o Legislativo e o Judiciário que resultará em uma obrigação de interpretação conforme a Constituição, a qual levará à adequação de resultados entre o Direito Constitucional e o Direito Privado.³⁷⁸

Todavia, ao se analisar os casos de discriminação nos contratos de consumo, percebe-se que, ao decidir, o julgador brasileiro serve-se muito mais da legislação infraconstitucional e dos institutos contidos no Direito Privado como: o dever de contratar, a revisão contratual e a exclusão ou nulidade de cláusulas abusivas, do que da exigência de igualdade de tratamento ou proibição de discriminação prevista constitucionalmente. Desta feita, como o Direito Privado não possui um princípio geral de proibição de discriminação à semelhança da Comunidade Europeia, conclui-se que a proibição de discriminação está subentendida nas relações privadas.

O Estado não pode entender um contrato como mera expressão da liberdade e vontade das partes, a proteção contra discriminação, da maneira como prevista na Constituição Federal, exige que o Estado negue eficácia àqueles contratos que só tenham a manifestação de autodeterminação de uma das partes em detrimento da outra. A liberdade na contratação não pode ser comparada com a não intervenção estatal na autodeterminação dos particulares.

Por fim, conclui-se que a saída para obstar de maneira efetiva a ocorrência de discriminação nos contratos de consumo é a interpretação e a aplicação nos negócios jurídicos dos princípios constitucionais, dos quais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III) ao lado de seus objetivos, quais sejam: de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I); de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV). Esses princípios são os

³⁷⁷ Clarifica-se, outrossim, pelas palavras da Ilustre Professora Judith Martins-Costa, “É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico”. Acresça-se, “Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que ligam a outros corpos normativos – mesmo que os extrajurídicos - e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 273-274.

³⁷⁸ PINTO. Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET. Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Editora Livraria do Advogado.2010. p.311-344. p.317 e 318.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que fundamentam e asseguram uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária, pelo que, impõem limites à liberdade contratual para que se concretize a igualdade e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. O princípio da igualdade e direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.531-563.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os direitos dos Consumidores. Livraria Almedina Coimbra, 1982, p.13 *apud* LOTUFO, Renan. Cadernos de autonomia privada. Renan Lotufo (coord). Curitiba: Juruá, 2001.

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Francisco Piedade. Direito Civil: introdução. 5.ed.Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito Ambiental: tendências e aspectos constitucionais. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 229-270.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do comerciante por defeito do produto. In: LOTUFO, Renan (coord.) 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.p.355-377.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor.3.ed.rev. e atual.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O Código Brasileiro do Consumidor *in* Revista de Direito do Consumidor. RDC 7/269.jul-set/1993.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano oral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. RDC 59/78.jul.-set./2006. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos.vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.492-525.

BITTAR, Eduardo C.B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. Revista de Direito do Consumidor 33/182-190.São Paulo: RT, jan.-mar. 2000. Apud MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. RDC 49/40.jan-mar. 2004. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.421-463.p.440.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. Revista de Direito Privado. RDPriv 19/83.jul-set/2004. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). Contratos: Princípios e Limites. V.III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALIXTO, Marcelo. Princípio da Vulnerabilidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José;DOTTI, René Ariel (coords.) Comentários ao Código do Consumidor.Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao consumidor: conceito e extensão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil. Revista dos Tribunais. RT 817/50. nov 2003. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). Contratos: Princípios e Limites. v.III.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.p.889-927.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul-set, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia: breves considerações. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n.65, p. 162-191, jan.-mar./ 2008.

EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988.

_____. Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FIGUEIRA, Eliseu. Renovação do Sistema de Direito Privado. Coleção Universitária. Editorial Caminho : Lisboa, 1989.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada : construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FILHO, Calixto Salomão. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais. RT 823/67.mai/2004. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). Contratos: Princípios e Limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.v.III.p.655-681.

FIUZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato: os novos princípios contratuais. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988.8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.8.ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. La Revisión del Contrato. 1ª.ed.Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

_____. Responsabilidad civil y contratos: responsabilidade precontractual.1ª.ed.Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato; org. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. In:MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (orgs.). Direito do Consumidor: contratos.vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.171-181.

_____. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MALFATTI, Alexandre. Liberdade Contratual in LOTUFO, Renan. Cadernos de autonomia privada. Renan Lotufo (coord). Curitiba: Juruá, 2001.

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

_____; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “Direito Civil Geral e Social”? Revista do Direito do Consumidor. RDC 37/271.jan.-mar./2001. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011p.1139-1146.

_____; MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. In Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro/ coordenação Ives Gandra Martins/Francisco Rezek. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008.

_____; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.257-271.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. Problemas de Direito Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Cláusulas abusivas, leoninas e potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma teoria geral de controle de abusividade? In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.p.237-286.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor, p. 27 apud NANNI, Giovanni Ettore. Relação de Consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do

Consumidor e o Código Civil. p. 111-155.p.114-115.In: LOTUFO, Renan (coord.) 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. Revista de Direito do Consumidor.RDC 72/41.out.-dez/2009. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: contratos de consumo.vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.227-260.

_____. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. RDC 49/40.jan-mar. 2004. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.421-463.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

_____. Danos à pessoa humana.Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ (coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In:TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.847-881.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.103 apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. A Autonomia Privada sobre o Próprio Corpo, o Cadáver, os Órgãos e Tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Relação de Consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. p. 111-155. In: LOTUFO, Renan (coord.) 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. Traduzido por Pedro Sherer de Mello Aleixo. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v.37. jan/março 2009. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.193-214. p.201-202.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

PASQUALTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. Revista de Direito do Consumidor RDC 74/7. Abr.-jun./2010. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.903-933.

_____. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. Revista de Direito do Consumidor RDC 42/48. Abr.-jun./2002. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: teoria de qualidade e danos*. vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.567-608.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. In SARLET. Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª. ed. Editora Livraria do Advogado. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.33, n.131, p.282, jul/set. 1996.
<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999. Disponível em: In: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>.

Acesso em 15 de janeiro de 2013.

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

RUIZ, Francisco J. Infante. El desarrollo de la prohibición de no discriminar em el derecho de contratos y su consideración em la jurisprudência. In: Revista de Derecho Patrimonial. Número 30, 1-2013. Editorial Aranzadi. p.1-30.

_____. La protección contra la discriminación mediante el derecho privado. Barcelona, abril de 2008.p.4-5. InDret Revista para el análisis del derecho.

RULL, Ariadna Aguilera. Prohibición de discriminación y libertad de contratación. Barcelona, fevereiro/2009. Revista InDret 1/2009.

_____. Contratación y diferencia:Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público. Tese de Doutorado. <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/31874/taa.pdf> . Acesso em 29 de janeiro de 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual (cadernos de direito privado; v. 1 / Escola Paulista de Magistratura). - Barueri: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado,2011.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado,2011.

_____. (org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor. RDC 36/54 .out.-dez./2000. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.225-285.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.9.ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado,2011.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen, 2008.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: SARLET. Ingo Wolfgang org. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado. Editora Almedina.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. RDC 8/146.out-dez/1993.In: SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOTO, Paulo Neves. Novos Perfis do Direito Contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo (orgs) et.al. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.p.247-265.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. RDC 1/184.jan/mar./1992.In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor.vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição:premissas para uma reforma legislativa. In: Tepedino, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

_____et.al. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.p.247-265

_____; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In:TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.237-250.

_____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In:. Temas de Direito Civil. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.55-71.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215.

_____. Temas de Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares. p.398.apud STEINMETZ, Wilson. . A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.