

**DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL:
a prática contratual submetida aos princípios constitucionais**

Alice Machado¹
Bárbara Medeiros²
Beatriz Alves³
Nátally Borges⁴
Olivia Pedrosa⁵

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar até que ponto o Princípio da Autonomia Privada deve nortear a prática contratual e de que forma a visão constitucional do Direito Civil auxilia na proteção do contratante. A metodologia utilizada para efetivar o presente estudo foi a bibliográfica e documental atreladas à visão dos tribunais que tratam do assunto. Dessa forma, através da demonstração da mudança demasiada entre o Código vigente e o que o antecede, é possível a percepção da preponderância que os direitos inerentes ao ser humano obtiveram diante dos direitos patrimoniais; ademais, considerando a proteção dos direitos do indivíduo em sua figura como consumidor, aborda-se a efetiva aplicação da Tese do Diálogo das Fontes perante conflitos normativos; nesse espectro, destina-se ao entendimento da relevância que possui a humanização das relações privadas, capaz de vincular os valores constitucionais à pessoa humana, observando sua vulnerabilidade no contexto consumerista.

¹Graduanda em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – FIVJ. E-mail: alicemachadom@gmail.com

²Graduanda em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – FIVJ. E-mail: barbaramaiademedeiros@gmail.com

³Graduanda em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – FIVJ. E-mail: biasouzalves99@gmail.com

⁴Graduanda em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – FIVJ. E-mail: natallyborges98@gmail.com

⁵Graduanda em direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – FIVJ. E-mail: oliviapedrosa@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: CONSUMIDOR. CONSTITUCIONALIZAÇÃO. DIÁLOGO DAS FONTES. PRINCÍPIOS.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 continua irradiando efeitos hodiernamente no âmbito das relações privadas de forma contundente. Os princípios clássicos patrimoniais valorizados, mormente nesse espectro, a exemplo da força obrigatória dos contratos e do princípio da autonomia privada, embasaram a formação de uma consciência social apegada ao individualismo.

Nesse sentido, as relações de prestação de serviço se estabeleciam unicamente com o escopo de satisfazer aos interesses patrimoniais de forma irrestrita. Assim sendo, o consumidor assumia posição passiva e, por vezes, seus direitos fundamentais eram cerceados pela assinatura do contrato.

Não obstante, o diploma civil de 2002 se incorporou ao viés constitucional supremo e estabeleceu, também na horizontalidade da prática privada, a necessária observância do Princípio da Dignidade Humana, da Solidariedade Social e da Igualdade Substancial. Tais princípios, característicos do Direito Civil Constitucional, aliados à função social dos contratos, viabilizam a concretização de um amparo mais eficiente para o consumidor, visto que subordinam a liberdade contratual a esses preceitos de ordem pública que mitigam a visão patrimonial anteriormente preponderante.

Aliado a isso, o Princípio do Diálogo das Fontes, tendência atual no âmbito doutrinário, propõe uma nova visão que passa a compor o arsenal de direitos que o consumidor possui. Este princípio garante que o consumidor se valha da lei mais benéfica quando se vê permeando uma situação de antinomia entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

À luz do exposto, objetiva-se neste artigo demonstrar até que ponto o Princípio da Autonomia Privada deve nortear a prática contratual e de que forma a

visão constitucional do Direito Civil auxilia na proteção do contratante. A metodologia utilizada para efetivar o presente estudo foi a bibliográfica e documental atreladas à visão dos tribunais que tratam do assunto.

O artigo está dividido em três itens. O primeiro item apresenta a discrepância principiológica existente entre o Código Civil de 1916 - que aborda uma visão patrimonialista e individual - e o diploma atual que, por sua vez, institui na relação entre privados a constitucionalização do direito civil como objetivo a ser perseguido. No segundo item, a celeuma discutida abordou a tendência do Diálogo das Fontes, nova possibilidade de resolução de antinomia jurídica que tem por escopo amparar o consumidor enquanto polo vulnerável no caso concreto regido por dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, o terceiro item sintetiza a discussão na medida em que aponta a posição do consumidor na atual conjuntura jurídica em harmonia com os valores constitucionais.

1 A DISCREPÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

1.1. Base principiológica do Código de 1916

Segundo Leal e Borges (2017), o Código Civil de 1916, também intitulado como Código Beviláqua, em homenagem ao seu autor Clóvis Beviláqua, foi instituído pela Lei nº 3.071 e começou a irradiar os seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 1917. Nota-se, através do exame do contexto estrutural do Brasil no período aludido, que a população encontrava-se ainda muito primitiva, com um sistema escravista e agrário, eminentemente desigual.

Para os referidos autores, as ideias atribuídas a este diploma apresentavam-se em pleno desacordo com toda essa problemática, isso por serem fortemente individualistas e liberais, firmadas no patrimonialismo, propagando-se em pilares de um regime dedicado à aquisição de bens e a circulação de riquezas da classe

dominante, pautado nos princípios da autonomia da vontade e do pacta sunt servanda.

Mantendo a linha de raciocínio, sob a égide do Estado Liberal no qual o Brasil estava firmado, os direitos da classe em desvantagem econômica e social ficavam à margem quando postas em relação aos interesses individualistas da classe dominante. Nesse sentido, o professor Francisco Amaral (2003, p.131) fez a seguinte consideração:

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais.

Desta forma, percebe-se o Código Beviláqua com uma sistemática fechada, contendo somente as satisfações da classe dominante, fazendo do liberalismo jurídico um relevante instrumento que atribui a essa o poder de dizer o direito. Segundo Paulo Lobo (2002), a fundamentação do liberalismo jurídico, foi determinante em três pilares, sendo esses: o princípio da autonomia da vontade, a força obrigatória – pacta sunt servanda – e relatividade subjetiva do contrato.

Em concordância com o exposto acima, no que tange o princípio da autonomia da vontade, Maira Cauhi Wanderley (2014, p.1) entende que:

Para o liberalismo econômico do século XIX, o contrato é um dos institutos mais importantes, pois formaliza e permite a transferência de riquezas na sociedade. O consenso é valorizado, assim como a vontade do indivíduo em delimitar o conteúdo do contrato. Entendiam que se o indivíduo era livre para contratar o que quisesse, o Estado deveria abster-se de intervir nas relações contratuais.

A partir desta consideração e com base na perspectiva tradicional liberal, Maíra Wanderley (2014) entende que há um nexo direto entre a liberdade contratual e a autonomia da vontade, diante da análise de que é a vontade que torna o contrato

legítimo de fato e, dessa forma, promove obrigações. Na mesma vertente, para Thiago Sombra (2004, p.51):

Constituiu outrora no mais importante princípio da teoria contratual, no qual a vontade dos indivíduos era inviolável e elevada ao grau máximo. A autonomia da vontade significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para se obrigar.

Outrossim, verifica-se em consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, sendo um dos princípios basilares do Código Civil de 1916, o princípio da Força Obrigatória dos Contratos –também nomeado de Pacta Sunt Servanda. Segundo Maria Helena Diniz (1993, p.63), tal princípio se justifica porque "o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito "(apud ZUNINO NETO, 1999, p.1).

Além disso, tal princípio determina que os contratos são leis entre as partes, devendo ser obrigatoriamente cumprido pelos envolvidos na relação contratual, independente se o contrato é justo ou injusto, sem que o Estado interfira. Sobre essa temática, Orlando Gomes (1998, p.36) diz que "celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos".

É válido ressaltar que a fase em que se formou o projeto de lei de Beviláqua, tinha como uma de suas características o forte patrimonialismo, em consequência disso, somente eram considerados poderosos aqueles que possuíam propriedades, esses que ditavam as ideias dos contratos firmados. Em complemento, Tepedino (2003, p.116) referendou sobre:

O código civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites europeias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídico. O

indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio.

Concluindo, quanto ao princípio da relatividade subjetiva, Tartuce (2014, p.102) define “pelo qual o negócio celebrado, em regra, somente atinge as partes contratantes, não prejudicando ou beneficiando terceiros estranhos a ele” e ainda acrescenta:

De qualquer forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, consubstanciado na antiga regra *res inter alios*, também encontra limitações, na própria codificação privada ou mesmo na legislação extravagante aplicável aos contratos. Em outras palavras, é possível afirmar que o contrato também gera efeitos perante terceiros.

1.2 Base principiológica do Código Civil de 2002

Em contraposto, o Código Civil de 2002 apresentou um cenário bem distinto daquele que prevalecia no de 1916. Enquanto as prerrogativas patrimoniais dominavam o diploma civil anterior, no atual é nítido o existencial atenuando a visão que então se preponderava.

Analisando inicialmente a influência constitucional, como enfatizado por Gustavo Tepedino (2004, p.4):

A dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

Com o advento da Constituição de 1988, os princípios civis constitucionais ganharam expressividade e preponderância neste Código - fenômeno denominado constitucionalização ou publicização - influenciando diretamente na ideia preeminente do existencial. Dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade

substancial classificam-se como os princípios então citados, sendo perceptível a ligação que há com tal ideal. Outrossim, a norma constitucional evidencia-se nos dias de hoje temperando, com seus princípios e normas hierarquicamente superiores, às pressões setoriais manifestadas nas diversas leis infraconstitucionais, citou Tepedino (2004)

Para Maria Celina Moraes (1991, p.5), os objetivos constitucionais que incidem valores existenciais previstos no vértice do ordenamento jurídico brasileiro confortam todos os ramos do Direito, mas, principalmente, o Direito Civil.

A despatrimonialização civilista foi necessária diante do contexto de prontificada constitucionalização, impondo uma função social e demais valores inegáveis no momento como a boa-fé objetiva e a equivalência material, na construção de uma ordem civil priorizando o indivíduo em detrimento do patrimônio.

Diante disso, os princípios então citados compõem o que se classificam hoje como os princípios sociais do contrato, os quais não eliminam os princípios clássicos como autonomia privada, *pacta sunt servanda*, e relatividade subjetiva; mas os mitigam, profundamente, tanto no seu alcance, como no seu conteúdo, questão dissertada por Paulo Neto Lobo (2002, p.2). Ademais, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirma que os princípios clássicos são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizados.

A função social dos contratos se estabelece como uma prerrogativa de ordem pública, além de uma das mais importantes cláusulas gerais do Novo Código Civil. A liberdade contratual, quesito de importante limitação por tal princípio, apresenta-se de forma precipitada no artigo 421 do NCC, onde a liberdade posta é a de contratar, equívoco técnico do legislador e apontado por um dos mais reconhecidos civilistas contemporâneos, Flávio Tartuce (2018, p. 59).

Não obstante, o artigo 2035 em seu § único, denota-se de suma importância na compreensão da função social. Como abordado por Tartuce (2018, p. 61):

Trata-se de uma regra indeclinável em um primeiro plano, por ser um comando expresso de direito intertemporal que revelou a

manifestação inequívoca do legislador em privilegiar os preceitos de ordem pública relacionados com a proteção da função social da propriedade em sentido amplo ou *latu sensu*, incluindo a função social da propriedade *stricto sensu* (art. 1228 parágrafo 1, do CC) e a função social do contrato (art. 421 do CC).

Feita tal pontuação, outro princípio de consagrada introdução ao diploma civil atual é a boa-fé objetiva. Já abordada por códigos como o Código Civil Romano em seus primórdios, e modernamente, pelos Códigos Civil português e italiano, essa preposição evoluiu do plano intencional e subjetivo para o plano objetivo.

Na busca para uma conceituação rigorosa deste princípio, Paulo Lobo (2002, p.5) afirma:

A boa fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé do comportamento.

E por fim, destaca-se o princípio da equivalência material. Incorporado por muitos doutrinadores no princípio da boa-fé objetiva, foi desenvolvido de forma a parte por Paulo Neto Lobo (2002, p.4), que, designou-o como preservador do justo equilíbrio contratual, pretendendo manter proporcionalidade entre direitos obrigações.

Em síntese, este princípio afirma que:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária (LOBO NETO, 2002, p.5).

Assim sendo, os princípios sociais contratuais em consonância aos princípios clássicos, na proporção em que este não afete o primeiro, são incorporados no Código Civil e em sua aplicação de forma abrangente, corroborando contratos de todas as espécies, sem exceções.

2 A INFLUÊNCIA DA TESE DO DIÁLOGO DAS FONTES NO ÂMBITO CONTRATUAL

O Código Civil de 2002 estabelece uma ordem jurídica infraconstitucional, tencionando a um equilíbrio entre as partes através do Princípio da Isonomia e pressupondo a igualdade de todos perante a lei. Em contraposto, o Código de Defesa do Consumidor possui escopo de promover a defesa do consumidor, partindo do pressuposto de que há desigualdade entre fornecedor e consumidor, estando este em uma posição de vulnerabilidade e fragilidade, devendo por isso, ser protegido (CAVALIERI FILHO, 2002).

O Código de Defesa do Consumidor, segundo Cavalieri Filho (2002, p.101) estabeleceu uma política nacional de consumo, uniformizando o direito aplicável nas relações consumeristas e promovendo a igualdade substancial nessas relações. Para implantar essa organização e atingir seus fins, o legislador adotou um sistema jurídico aberto, estruturado em princípios e cláusulas gerais do Direito Civil.

Para o referido autor, o Código Civil é uma norma de disciplina social, com regras tipificadoras de condutas e retificadora de várias espécies de contrato. Se tratando do Código de Defesa do Consumidor, afirma que não condiciona nenhum contrato, apenas estabelece uma estrutura jurídica baseada em princípios a ser aplicada em todas as relações de consumo. Nesse sentido de interligação dos códigos, reitera Tartuce (2017, p.9):

Por muito tempo, afirmou-se que, em havendo relação jurídica de consumo, não seria possível a aplicação concomitante do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Isso, na vigência da codificação privada anterior, eminentemente patrimonialista e muito afastado da proteção do vulnerável prevista na Lei Consumerista.

As fontes do direito estão expressas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 4.º que dispõe: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Desta maneira, quando o intérprete se deparar com uma lacuna deverá

utilizar um desses métodos, optando pela melhor opção de acordo com o caso concreto, não olvidando também as fontes auxiliares – jurisprudência, doutrina e equidade - que estão previstas pelo artigo 8º da CLT.

Vale ressaltar que essas fontes entram em constante conflito entre si, ocasionado assim, às antinomias, também chamadas de lacunas de conflito. Para Tartuce (2017) ganham relevância com o surgimento de qualquer lei nova que possibilita consequente presença de duas normas conflitantes dentro do ordenamento jurídico, sendo válidas e advindas de autoridade competente.

Para Camila Vergueiro Catunda citada por Igara Rocha (2013) devem ser observados além dos preceitos constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade, a exposição de motivos da lei a ser aplicada, a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Por fim, o intérprete deve aplicar em uma relação de consumo uma regra prevista no Código Civil ou na legislação especial, desde que o consumidor não seja prejudicado, mas sim protegido.

A teoria do diálogo das fontes, introduzida no Brasil pela professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Cláudia Lima Marques, gradativamente vem sendo aplicada no âmbito jurídico brasileiro como solução de prováveis divergências entre leis que possam sobrevir, perante o crescente número de leis atualmente, a fim de proteger os princípios civis-constitucionais e os princípios sociais do contrato. Assim, para Flávio Tartuce (2012, p. 66) “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico).”

Tal teoria coloca em voga a possibilidade das múltiplas fontes legislativas convergentes se complementarem, diferentemente da concepção disposta na LINDB (Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro) em que as leis se excluem. Dessa forma, a aplicação do diálogo das fontes permite uma maior harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico garantindo sua característica de unitariedade, na qual o direito deve ser interpretado como um todo de forma

sistemática e coordenada. Neste sentido, Andrea Mariguetto (2012, pg. 121-122) conclui:

Trata-se numa forma de solucionar essas antinomias que visa conseguir potencializar essas soluções para situações presentes na pós-modernidade, visto tratar-se de uma época de redefinição de conceitos. Na pós-modernidade o pluralismo passa a ser observado juridicamente, considerando-se a identidade cultural dos povos, indivíduos e todas as coisas inerentes a sua cultura.

De acordo com Cláudia Lima Marques (2010, p. 61) “o diálogo das fontes é muito útil nos dias de hoje, de grandes pluralismos de fontes e de incertezas em matéria da Teoria Geral do Direito”. Através deste instrumento poderemos ter maior segurança e garantir a aplicação do conjunto de fontes a favor do contratante, onde os valores constitucionais e sociais do contrato, como a função social, orientem esta aplicação. Assim sendo, Cláudia Lima Marques (2012, p. 62) advertiu que:

O diálogo das fontes permite assegurar, à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme os valores e os princípios constitucionais de proteção especial, e renovar, mesmo a aplicação do próprio sistema constitucional, com a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos, considerados supralegais, e renovar o direito brasileiro para impedir prisão por dívidas do depositário infiel.

Diante de uma forte aproximação principiológica entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à regulação contratual, o advento do diálogo das fontes no âmbito jurídico brasileiro se dá principalmente em vista disso (TARTUCE, 2014). Em nosso ordenamento, se tem uma única previsão expressa de tal teoria, presente no Código de Defesa do consumidor (BRASIL,1990), que dispõe sobre a proteção das relações de consumo estabelecido em seu artigo 7º que:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o

Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Para Moraes (2018), Através deste artigo, encontra-se definido a proteção especial do contratante, considerado economicamente mais vulnerável e, assim sendo, sempre que uma lei assegurar um direito ao consumidor, esta poderá ser aplicada em forma conjunta com o Código de defesa do Consumidor, efetivando a aplicação do diálogo das fontes. Nesse sentido, Moraes (apud MIRAGEM,2012, p.76) destaca:

o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, irá resultar, primeiramente na conclusão sobre a não revogação do Código de Defesa do Consumidor de 1990 pelo Código Civil de 2002, e também, no fato de não dispor sobre relações de consumo. Dessa forma, nas situações específicas em que a aplicação de norma do Código Civil se revelar mais benéfica ao consumidor tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, poderá afastar a norma originalmente prevista para aplicar aquela mais benéfica prevista no sistema geral.

É possível identificar a aplicação da teoria do diálogo das fontes quando o contratante diante de cláusulas abusivas, previstas em um contrato de consumo, invoca-as na proteção dos consumidores presente no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor juntamente com a proteção inseridos ao art. 424 do Código Civil (TARTUCE, 2012). De acordo com Moraes (2018) a mesma interpretação foi aplicada no que concerne ao prazo prescricional, uma vez que o STF aplicou o prazo do art. 205 do Código Civil em detrimento ao prazo do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que ele era mais benéfico ao consumidor, veja-se:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRESTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO

CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. 1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas conseqüências. 3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes-, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido.

Portanto, através dos fatos mencionados, percebe-se que a jurisprudência pátria tem desenvolvido e explorado gradativamente a teoria do diálogo das fontes, tanto na complementaridade quanto na subsidiariedade, com o intuito de garantir uma maior efetividade e uma decisão mais justa quanto aos possíveis conflitos nas relações de consumo. Assim, é importante concluir que a influência da teoria do diálogo das fontes no âmbito contratual é de suma importância para a proteção do bem jurídico em conflito, evitando que os princípios fundamentais e sociais do contrato sejam refreados.

3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR A PARTIR DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O fenômeno da constitucionalização do direito civil tem como escopo precípuo o funcionamento sistêmico do ordenamento jurídico de forma plena. Assim sendo,

deve o exegeta se furtar das interpretações isoladas e restritas ao direito privado para que se torne viável a realização dos valores provenientes da Constituição na ceara privada, evitando, assim, que o direito seja segmentado e visto sob uma ótica fragmentada. A essa respeito, tem-se a explicação de Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 56):

Numa segunda etapa, tendo em vista a maior presença do Estado no âmbito das relações sociais e econômicas, reivindicada pelo constitucionalismo social, dá-se início a um processo natural de *publicização* do Direito Privado, com o Estado limitando a autonomia privada e conduzindo, com normas de ordem pública, as relações negociais, caracterizando a fase do dirigismo contratual.

Ainda nesse espectro, Daniel Sarmiento (2017, p. 43) nos lembra que:

Além disso, seus preceitos e valores são considerados vetores para interpretação e aplicação de todo o Direito, impondo a releitura dos conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento. A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* – cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico.

Umbilicalmente ligado à Constitucionalização do direito civil encontra-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil expressamente constado na Constituição Federal de 1988.

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;

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 91) podemos vislumbrar com clareza a ampla carga axiológica vinculada ao referido princípio.

Presta-se o princípio da dignidade humana a viabilizar a superação dos conflitos principiológicos, atuando como critério indicador da

prevalência de um princípio fundamental em eventual disputa com outros princípios também fundamentais. Ou seja, prevalecerá, no caso concreto, o princípio que mais se avizinhar do inafastável princípio da dignidade humana.

Destarte, torna-se oportuno correlacionar de antemão o Princípio da Dignidade Humana com a vulnerabilidade inerente ao consumidor. Indubitavelmente as benesses adiante discutidas atribuídas a este sujeito da relação contratual têm por finalidade fornecer um arsenal de prerrogativas a serem utilizadas para que não se perpetuem práticas abusivas por parte dos fornecedores. Essa proteção decorre da necessidade de conceder garantias jurídicas aos sujeitos que perpassam as relações de consumo tendo, diuturnamente, seus direitos cerceados de forma arbitrária e unilateral. Eros Roberto Grau (2018, p. 125), com o brilhantismo que lhe é peculiar, assevera que:

O que ora desejo observar é que o mercado (*rectius*, o capitalismo) odeia a ordem. O capitalismo é essencialmente transgressor da ordem que lhe é própria, mas dela necessita, ao Estado incumbindo garantir a liberdade econômica e, concomitantemente, intervir sobre ela, limitando-a, ordenando-a.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados, que se dá por conta do sistema de cláusulas gerais consagrado pelo novo Código Civil, constitui o meio utilizado para que preceitos de ordem pública irradiem efeitos para além da constituição e forneçam contornos humanizados às relações patrimoniais. Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 92) relembra os ensinamentos de Marx de forma atual e aplicável à temática de forma inteiramente adequada.

É o que Kant procura sintetizar na fórmula racional do imperativo categórico, segundo o qual toda pessoa tem de usar a humanidade, tanto em sua própria pessoa como na pessoa de qualquer outro, “sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Em termos imperativos: “não instrumentalizes ninguém! [...] Respeita-o como sujeito de direito! Ou com Kant pode se dizer: respeita-o em sua dignidade!”

Também nas relações de consumo é vedada a coisificação do ser humano como meio a ser utilizado para o enriquecimento desordenado. O dirigismo contratual se aplica nessa perspectiva limitando os princípios clássicos para que o viés social e humanizado não seja posto em segundo plano na prática contratual, para que as garantias fundamentais não sejam desconsideradas e subordinadas ao ideal utópico da liberdade absoluta e irrestrita. A ponderação entre os princípios clássicos e sociais, em situações de conflito entre eles, sempre deve nos conduzir a superioridade do consumidor enquanto fim em si mesmo, enquanto sujeito de direitos.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade da concessão de benefícios ao consumidor para que ele se estabeleça no cenário consumerista de forma justa e legítima. Assim sendo, o Código de Defesa do consumidor, criado por meio da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, se estabelece como reflexo dos valores constitucionais positivados de forma específica e ampliada em um novo diploma.

A fim de conceituar o que se entende por ser uma relação de consumo, Cavalieri Filho (2006, p. 490) assevera:

É a relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor, é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor tendo por objetivo a circulação de produtos e serviços. Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, para que o equilíbrio subjetivo entre as partes que compõem a relação contratual seja alcançado, inegável é a necessidade de dotar o consumidor de possibilidades e instrumentos que o auxiliem em situações de abuso ou de iminente exploração. Essa imprescindibilidade decorre do fato de ser o consumidor vulnerável, dado que ocupa posição constantemente exposta às armas do *marketing* e ao avanço desenfreado do capitalismo. Vale ressaltar que a referida vulnerabilidade não está associada ao poderio econômico do indivíduo. Se acaso o

consumidor for possuidor de riquezas exorbitantes ele ainda assim será vulnerável, não sendo, porém, hipossuficiente. Nesse diapasão, expõe Bonatto (2001, p. 46):

A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, vêm-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou como ocorre com freqüência, ambas. [...] A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.

Além da presunção absoluta de vulnerabilidade, o consumidor tem a seu favor a possibilidade de inversão do ônus da prova em situações de necessidade probatória no oferecimento de uma demanda e, via de regra, a garantia da responsabilidade objetiva do fornecedor na medida em que independe da prova de culpa. Prover o consumidor de prerrogativas e benesses significa também zelar pela consumação do princípio da isonomia positivado no *caput* do artigo 5º da lei suprema no seu sentido material, amplo. É tratar os desiguais levando em consideração os fatores que os desigalam para que seja plausível a conjugação de dois sujeitos em uma só relação sem que a opressão predomine. Vislumbrar a ocupação perfeitamente equilibrada dos dois polos contratuais é verdadeira utopia, contudo, é exequível a aproximação entre eles sem que disparidades colossais sejam encaradas como uma porta aberta para a instauração do arbítrio.

Por esse ângulo, faz-se necessário salientar ainda que sujeitos inicialmente alheios à relação contratual travada entre consumidor e fornecedor não são desprovidos das prerrogativas atribuídas ao consumidor em caso de dano proveniente da convenção entre os sujeitos da relação original. Este terceiro que, agora, integra a relação jurídica, é denominado consumidor por equiparação ou *bystander*. Neste enquadramento, Tartuce (2017, p. 122) aduz que:

Como quarta exceção à relatividade dos efeitos do contrato, apontem-se as previsões dos arts. 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), que trazem o conceito de *consumidor*

por equiparação ou bystander. Por tais dispositivos, aplicáveis em matéria de responsabilidade civil e contratual consumerista, respectivamente, todos os prejudicados pelo evento, mesmo não tendo relação direta de consumo com o prestador ou fornecedor, podem ingressar com ação fundada no Código Consumerista, visando à responsabilização objetiva destes.

Sob uma ótica consequencial em relação ao que foi anteposto, verifica-se a funcionalização de mecanismos atinentes à busca da concretização dos valores constitucionais no cenário fático de consumo. O constituinte e o legislador em harmonia tem o condão de fornecer ares esperançosos aos consumidores repelindo toda e qualquer prática abusiva e correlacionada com o individualismo.

CONCLUSÃO

O assunto discutido no transcórre do referido artigo exterioriza essencialmente as questões constitucionais no âmbito contratual do direito civil. Além disso, demonstra o aperfeiçoamento no decorrer da evolução social a partir da valorização dos direitos fundamentais que passam a vincular os sujeitos das relações horizontais.

As ideais principiológicas abordadas no Código Civil de 1916, em contraposto ao código atual. Preliminarmente, o diploma anterior declarava conteúdos vinculados aos pilares patrimoniais somados as visões individuais, ensejando princípios os quais se baseiam em noções atualmente obsoletas. Feita tal pontuação, destaca-se a mutação existente no Código Civil de 2002, imposta diante da constitucionalização, conduzindo a criação de inegáveis princípios ao momento, como a função social e a boa fé objetiva. Assim sendo, os princípios vinculados precedentemente são incorporados na medida em que não afetem os princípios vigorados de forma expansiva no atual código.

Com base na mudança demasiada entre os códigos civis e a preponderação dos direitos inerentes ao ser humano, a jurisprudência pátria tem caminhado para a aplicação da Teoria dos Diálogo das Fontes nas matérias debatidas em juízo,

principalmente no que tange a proteção do contratante. Visando sanar possíveis conflitos normativos, a crescente aplicação de tal teoria na concretude possibilita o uso coordenado e coerente das múltiplas fontes legislativas, sobretudo do atual Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, indaga-se que a utilização dessa tese pelos Tribunais Brasileiros evidencia o amparo especial do contratante, prevalecendo os princípios civis-constitucionais e os princípios sociais do contrato.

Resta demonstrado, por fim, o funcionamento sistêmico do ordenamento jurídico dado que os valores constitucionais passaram a vincular o indivíduo também na relação consumerista. Torna-se, nesse espectro, inafastável o amparo ao consumidor no sentido de garantir a ele, enquanto sujeito vulnerável da relação de consumo, a proteção necessária para que não tenha seus direitos fundamentais utilizados como degrau para que os fornecedores de projetar em direção ao acúmulo patrimonial irrestrito. Destarte, o Código de Defesa do Consumidor se apresenta de forma reflexiva ao anseio de justiça nas relações cotidianamente travadas entre fornecedor e consumidor. Vislumbrar a humanização das relações privadas significa aproximar a sociedade do ideal existencial ao qual o constituinte tanto se dedicou.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução – Revisão atual e ampliada de acordo com o novo Código Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RESP 1276311/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 17/10/2011

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. 12. Ed. Editora JusPODIVM. 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo. 9. ed. Malheiros editores. 2018.

IGARA ROCHA. A incidência da Teoria do Diálogo das Fontes na defesa do consumidor. **Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**. Natal/RN, ano 3, n.2, jul/jdez. 2013

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo R. O código civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**. Brasília, v. 3, n. 1. 2017. p. 16–35. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 10. set. 2018.

LÔBO, Paulo L. N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42. São Paulo: RT, 2002.

LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 12 set. 2018

MARIGUETTO, Andrea. O diálogo das fontes como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121-12.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de Defesa do Consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2010

MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. 1, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ

MORAES, C ; FERDINANDI , M. A aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro. São Luís: **Conpedi**, 2017. Disponível:
<<https://www.conpedi.org.br>>.

SARAIVA. VadeMecum Saraiva. 26.ed.São Paulo: Saraiva, 2018

SÉRGIO CAVALIERI FILHO. O novo código civil e o código do consumidor. Convêrgencias ou Antinomias? **Revista da EMERJ**,v.5, n.20, p. 100-114, 2002.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações juridico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p. 5, 2004

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte. 2. ed. Editora Fórum. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**; 2. ed. ver, atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense –São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: v.1**. 59. ed Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

WANDERLEY, Maira C. **A autonomia da vontade**. 2014.
<<https://jus.com.br/artigos/34446/a-autonomia-da-vontade>>. Acesso em: 12 set. 2018.

ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/641>>. Acesso em: 13 set. 2018.