



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO

**A TUTELA EM FACE DO SUPERENDIVIDAMENTO NA PERSPECTIVA DE UMA
HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

SALVADOR – BAHIA
2014

FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO

**A TUTELA EM FACE DO SUPERENDIVIDAMENTO NA PERSPECTIVA DE UMA
HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção
do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares

Salvador
2014

P386 Pellegrino, Fabiana Andréa de Almeida Oliveira,
A tutela em face do superendividamento na perspectiva de uma hermenêutica contemporânea das relações de consumo/ por Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino. – 2014.
272 f.
Orientador: Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.
1. Hermenêutica (Direito). 2. Crédito 3. Consumidores. 4. Tutela. 5. Dignidade humana. 6. Dívidas. I. Universidade Federal da Bahia
CDD- 340.11

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO

**A TUTELA EM FACE DO SUPERENDIVIDAMENTO NA PERSPECTIVA DE UMA
HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Professor Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome:

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome:

Instituição:

Salvador, Bahia, de agosto de 2014

AGRADECIMENTOS

Empenho meu profundo agradecimento a Deus, que com sua benevolência me permitiu cumprir mais uma meta na trajetória da vida, e vencer o desafio concorrente de ser genitora, filha, profissional, amiga, esposa e gerenciadora de lar.

Agradeço a meu orientador, Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares, cujo conteúdo intelectual e compromisso acadêmico me inspirarão sempre.

Agradeço a Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, querida amiga, cuja sensibilidade social me despertou para questionamentos preciosos, e cujo incentivo e apoio me foram fundamentais ao longo do curso.

Agradeço à estagiária Larissa, à assessora Paula Gargur, ao amigo Vitor, e a toda equipe de trabalho que, mesmo indiretamente, contribuiu para a conclusão do mestrado.

Agradeço às amigas Cristiane Santos e Carol Mascarenhas, pelas preciosas horas dispensadas à modelação do meu trabalho.

Agradeço aos meus familiares em geral, e, em especial, aos meus pais Nícia e José, ao meu irmão Pedro, ao meu querido marido Nelson Pellegrino e meus amados filhotes Nelsinho e Sophia, luzes da minha vida, que me confortaram com o amor e a compreensão diários, sobretudo diante das ausências necessárias.

RESUMO

O presente trabalho se destina a analisar o fenômeno social, jurídico e econômico do superendividamento, num contexto de pós-modernidade, a partir de uma hermenêutica aberta e crítico construtiva. Para tanto, se dispõe do patrimônio axiológico cedido pela Constituição Federal, e edificado pela doutrina e jurisprudência nacional e alienígena, e utiliza-se de cláusulas abertas e do diálogo das fontes, como instrumentos preciosos de harmonização e tutela das contratações contemporâneas creditícias. Em tempo de massificação do consumo e vulgarização do crédito, sob a égide dos novos signos constitucionais, analisa-se a concessão do crédito, nas suas diversas manifestações, numa moldura contratual funcionalizada, que encontra na boa-fé objetiva e justiça contratual os limites materiais da autonomia da vontade, refletindo a ruptura de um discurso individualista e a necessidade de que os fornecedores concedam o crédito com responsabilidade social, materializando os deveres de cooperação e informação. Partindo-se da premissa de que o superendividamento resulta do desequilíbrio da relação entre o crédito e o consumo, identificam-se as suas causas e efeitos, e avaliam-se as possibilidades de enfrentamento preventivo e curativo, a partir da atuação do Estado nas esferas administrativa, judicial e legislativa. Nessa senda, são consideradas as experiências positivas do direito estrangeiro, colimando-se, sobretudo, a garantia da dignidade dos endividados, no que encontra-se incluso o mínimo existencial. Por fim, demonstra-se a importância de uma adequada regulamentação da matéria no Brasil, e dos meios mais eficazes para tanto, como medida de concretização do objetivo de uma sociedade justa e solidária.

Palavras-chave: Hermenêutica. Constitucionalização. Limites da autonomia privada. Consumidor. Crédito. Superendividamento. Tutela jurídica. Dignidade humana.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the social, legal and economic phenomenon of over-indebtedness in the context of post modernism, using open hermeneutics and constructive criticism and their axiological patrimony, as found in the Federal Constitution which was built by the national and foreign doctrine and jurisprudence. The paper also uses open clauses and the dialogue of sources such as precious instruments of harmonization and protection of contemporary credit contract. In times of mass consumption and dissemination of credit, under the guidance of the new constitutional laws, the credit granting is analyzed in its various manifestations, for instance, in a functionalized contractual framework whereby the material limits of the freedom of choice are found in the *bona fides* and contractual justice. This serves to demonstrate the need to end an individual discourse and to emphasise the need for suppliers to grant credit with social responsibility, fulfilling the duties of cooperation and information. Assuming that over-indebtedness is an imbalance of the relationship between credit and consumption, its causes and effects as well as the possibilities of prevention and cure are identified in this paper. In addition, the study demonstrates the importance of the State's action in the administrative, judicial and legislative spheres, considering positive experiences of the foreign law, especially laying emphasis on the dignity of debtors which constitutes the existential minimum. Finally, the work stresses the importance of a proper regulation of the subject in Brazil and of the most effective methods to achieve such, in turn leading to a fair and inclusive society.

Keywords: Hermeneutics. Constitutionalisation. Limits of the freedom. Consumer. Over-indebtedness. Credit. Legal protection. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	13
2.1 UM OLHAR SOBRE A CRISE DA PÓS-MODERNIDADE E SEU REFLEXO NO DIREITO PRIVADO	13
2.1.1 A consciência da abertura metodológica para construir novos paradigmas no direito privado	20
2.1.2 A Necessidade de uma hermenêutica sistêmica, unificante e crítico – construtiva, orientada pela Constituição	25
2.1.3 O papel hermenêutico dos princípios constitucionais: “reserva de justiça”	32
<i>2.1.3.1 O Princípio da dignidade como norma jurídica de direitos fundamentais e valor Fundamental</i>	38
2.1.4 A importância do diálogo das fontes no ordenamento jurídico brasileiro	48
<i>2.1.4.1 Aplicação do diálogo das fontes nas relações privadas civis e consumeristas</i>	53
3 A RUPTURA DO DISCURSO INDIVIDUALISTA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO	59
3.1 ELEMENTOS DA RUPTURA	59
3.1.1 Despatrimonialização	59
3.1.2 Repersonalização	63
3.2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	65
3.2.1 Novos paradigmas constitucionais das relações contratuais privadas	72
3.2.1.1 Solidarização	72
3.2.1.2 Igualdade substancial	77
3.3 O NOVO CONTRATO COMO FENÔMENO SOCIAL	81
3.4 A AUTONOMIA PRIVADA NA PÓS-MODERNIDADE	89
3.4.1 Direcionando a autonomia privada para realizar direitos fundamentais	100
3.4.2 Limites da autonomia privada	105
<i>3.4.2.1 A boa-fé objetiva e seus deveres anexos</i>	105
<i>3.4.2.2 A função social</i>	121

3.4.2.3 A justiça contratual	127
3.5 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PONTO DE PARTIDA E CHEGADA DA NOVA TEORIA CONTRATUAL	128
3.5.1 A Justificativa histórico e social da proteção do consumidor	128
3.5.2 A justificativa jurídica da proteção do consumidor: contrato de consumo como ponto de encontro de direitos fundamentais	131
4 A FENOMENOLOGIA DO CRÉDITO	138
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES DO CRÉDITO NA HISTÓRIA OCIDENTAL	138
4.2 O PAPEL DO CRÉDITO NA <i>OPEN CREDIT SOCIETY</i>	142
4.3 A DEMOCRATIZAÇÃO DO CRÉDITO NA SOCIEDADE BRASILEIRA	147
4.3.1 Principais formas de acesso ao crédito	148
<i>4.3.1.1 Crédito rotativo</i>	149
4.3.1.1.1 Cartões de crédito	150
4.3.1.1.2 Cheque especial	154
<i>4.3.1.2 Crédito afetado</i>	155
<i>4.3.1.3 Empréstimo consignado</i>	156
4.4 A CULTURA DO ENDIVIDAMENTO: O DESEQUILÍBRIO NA RELAÇÃO ENTRE O CRÉDITO E O CONSUMO: PUBLICIDADE DO CRÉDITO FÁCIL	159
4.4.1 A falta de ética da responsabilidade na concessão do crédito a gerar a responsabilidade do fornecedor pelos danos	167
5. O SUPERENDIVIDAMENTO	169
5.1 CONCEITO	171
5.2 TIPOLOGIA	177
5.3 ARQUITETURA ELEMENTAR	180
5.4 EFEITOS SOCIOECONÔMICOS	182
5.5 EXPERIÊNCIAS DO DIREITO ESTRANGEIRO	185
5.5.10 modelo francês	186
5.5.20 modelo americano	190
5.6 ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO	194
5.6.1 Garantindo a dignidade da pessoa humana	196

5.6.2 Garantindo o mínimo existencial	199
5.6.3 Esfera de prevenção	205
5.6.3.1 Restrição ex ante do suprimento do crédito ao consumidor e o papel dos bancos de dados	208
5.6.3.2 Direito de arrependimento e prazo de reflexão	212
5.6.3.3 Dever de Informação plena quanto às condições contratuais	215
5.6.3.4 Intervenção pública na publicidade abusiva ou enganosa	218
5.6.4 Esfera curativa	219
5.6.4.1 Um novo discurso para a responsabilidade civil dos fornecedores de crédito	220
5.6.4.2 Controle Judicial dos contratos de crédito: revisão ou resolução contratual	225
5.6.4.2.1 <i>Vantagem excessiva: exercício abusivo de posição jurídica e onerosidade excessiva</i>	226
5.6.4.2.2 <i>Vícios de consentimento</i>	234
5.7 TENDÊNCIAS PARA A TUTELA JURÍDICA DO SUPERENDIVIDAMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O PROJETO DE LEI 238/2012	241
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	250
REFERÊNCIAS	253

1 INTRODUÇÃO

Não é fácil viver numa sociedade impositiva de abundância, em que se estabelece um modo de viver, de ser a partir do ter, de uma felicidade artificial, que tanto abarrota os consumidores de bens materiais, e na mesma medida os esvazia de sentido a vida, fragilizando a alma interior.

A cultura do endividamento encontra-se arraigada nessa sociedade, como um elemento fisiológico, que domina os sujeitos, os envolve num ciclo vicioso, fazendo-os acreditar que sua aceitação e inserção sociais necessariamente passam pelo consumo de bens e serviços modistas.

Nesse cenário, os detentores do poder econômico, em parceria com a mídia, alimentam a engrenagem do consumo, através de políticas de marketing e ofertas abundantes, criando necessidades duvidosas, simplesmente por uma voracidade capitalista de lucro, sem o compromisso ético e social indispensável a uma comuna civilizada.

Desde o primeiro contato social, durante a execução contratual, e ainda no período pós-contratual, em regra, as partes hipersuficientes, técnica e economicamente, resistem a se conduzir conforme o signo da solidariedade social e da boa-fé contratual, exercitando posições jurídicas de forma abusiva, e, praticamente, estigmatizando os contratos de adesão com cláusulas inadequadas, que aviltam o verdadeiro sentido da autonomia privada e do equilíbrio contratual.

Em contrapartida, as partes vulneráveis se curvam a uma espécie de cidadania do consumo, cujo rigor traduz certa carga patológica, que traga os sujeitos, fazendo-os introjetar quase hipnoticamente a ideia de não existir outra forma de alcançar o bem estar ou a autoestima, a não ser pelo prazer de desfrutar dos produtos e serviços que os façam parecer ser melhores, lhes concedam a distinção social.

A conduta contratual e social dos fornecedores de bens e serviços, especialmente em relação aos serviços financeiros, tem traduzido, em regra, um claro desencontro com o vetor comportamental impresso no corpo da Constituição Federal de 1988, sobretudo quando encartados os pesados encargos contratuais, a captação imprudente de uma clientela fragilizada, a utilização da publicidade agressiva, muitas vezes abusiva ou enganosa, enfim procederes que já não encontram assento em tempos de pós-miopia individualista.

Dos excessos comportamentais (de consumo e oferta), resulta o superendividamento, que já não tem fronteiras, estando na pauta prioritária das preocupações da comunidade

jurídica mundial, espectadora da disseminação desse fenômeno contemporâneo no âmago de incontáveis núcleos familiares, acorrentados a um estado de absoluta desarrumação econômica, financeira, social e existencial.

Nesses moldes, o superendividamento denota verdadeiro desafio para o desenvolvimento sustentável da economia e proteção dos consumidores, reclamando medidas enérgicas inclusivas, que colimem prevenir e tratar o fenômeno, possibilitando o direito de recomeço ao devedor de boa-fé.

Embora o fenômeno do superendividamento ainda não esteja positivado, sua tutela jurídica logra firme estofamento normativo, jurisprudencial e doutrinário, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, apresentando-se aberto e fluído, encontra-se edificado em bases axiológicas sólidas, irradiadas da Constituição Federal de 1988, que municiam os operadores do direito com instrumentos normativos gerais (cláusulas gerais) e específicos, determinantes no enfrentamento do problema.

Debruçar-se sobre o desafio do superendividamento, mirando no vasto horizonte disponibilizado pela aplicação de uma hermenêutica aberta, integrativa, crítico-constructiva e dialogal, orientada pela Constituição, é, portanto, de fundamental importância.

Entendendo o sentido de uma unidade axiológica, no universo jurídico, moral e solidarizante, pode-se utilizar a chave da comunicação, do diálogo entre o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal para valorar o fenômeno do superendividamento e operar as integrações e revisões judiciais adequadas e necessárias.

Nessa senda, o giro personalizante do ordenamento jurídico pátrio conduz inevitavelmente ao acolhimento de um antropocentrismo contratual, à funcionalização das relações jurídicas de direito privado, bem assim à adoção de comportamentos modulares da realização dos direitos fundamentais, buscando-se sempre a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Essa nova visão social obrigacional, cujo grau maior repousa nos princípios constitucionais, legitima a geração de uma série de obrigações legais aos contratantes, como concreção de uma ordem pública de coordenação e direção, e vale de robusto instrumental ao operador do direito no momento da valoração do fenômeno do superendividamento, operando reconstruções dogmáticas individualistas, por si insuficientes, numa perspectiva de bem comum, para dar respostas à nova conflituosidade social surgente.

Não obstante o disposto manancial instrumental, hermenêutico e axiológico, é anseio

da comunidade jurídica, e de expressivo fragmento da sociedade civil, a construção de um sistema de falência que albergue os consumidores, pessoas físicas, possibilitando o reembolso dos credores, mas, acima de tudo, aplinado os negativos efeitos sociais do superendividamento, de modo a instaurar uma espécie de solidarização e socialização em face do acúmulo de dívidas, verdadeiro risco das sociedades que promovem o consumo e incentivam o crédito.

A adoção de um sistema de falência, assim, adequado à realidade brasileira, insere-se, numa linha humanista e inclusiva, e denota o reconhecimento de que o fenômeno do superendividamento efetivamente transborda o claustro meramente privado, espargindo efeitos em toda a sociedade, sendo essencial ao desenvolvimento sustentável da economia e à proteção dos consumidores, que, conseqüentemente, tem uma oportunidade de recomeçar, de reescrever sua história, sem o estigma da falha pessoal.

À guisa desses vetores, será abordada, na primeira parte do trabalho, a importância de uma abertura metodológica para construção de novos paradigmas jurídicos, assim como para a filtragem dos novos fenômenos sociais, dos quais destacamos o superendividamento, através de uma hermenêutica aberta, unificante e crítico construtiva, que serve-se do diálogo das fontes, da argumentação jurídica, ponderação de valores, normatividade dos princípios e, especialmente, escuda-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa vereda de desconstrução e reconstrução, na segunda parte do trabalho, será feita uma breve revista na constitucionalização do direito privado, a fim de demarcar os novos referenciais solidarizantes e igualitários da nau jurídica, como influxos que emanam do Estado Democrático de Direito, e denotam a ruptura do discurso individualista, modelando uma nova concepção contratual.

Em seguida, na trilha do novo discurso despatrimonializado e repersonalizado, o contrato privado será tratado como um processo social, no qual, naturalmente, identifica-se uma autonomia privada circunscrita aos limites da boa-fé, função social e equilíbrio contratual, que colimam dar concreção ao novo discurso socializante, como consequência natural da eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

Adiante, destacando o Código de Defesa do consumidor como ponto de partida e chegada da nova teoria contratual, e a posição dos contratos de consumo no cenário jurídico como verdadeiros “contratos sociais”, ponto de encontro dos direitos fundamentais, será abordada a fenomenologia do crédito, destacando-se a importância do crédito na atual

sociedade de consumo, sua democratização através das principais formas de acesso, e sua disposição como passaporte de identificação social e meio de obtenção das mais diversas necessidades materiais, supostamente inclusivas dos sujeitos.

Seguindo o roteiro, será analisada a cultura do endividamento, manifestada pelo desequilíbrio na relação entre crédito e consumo, alimentada por uma publicidade agressiva e uma inegável crise da ética na concessão do crédito pelos fornecedores.

Outrossim, a partir de referenciais legais, doutrinários e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiros, especialmente do Direito Francês e do Direito Americano, se buscará conceituar o fenômeno do superendividamento, identificando seus elementos principais, tipologia, efeitos socioeconômicos, e as possibilidades de soluções na via preventiva e curativa, como realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, e viabilidade de um recomeço digno ao superendividado.

Por fim, seguindo uma tendência mundial, será demonstrada a importância de um sistema formal de tratamento do superendividamento do consumidor, para atenuar os efeitos negativos sistêmicos decorrentes da falta de regulamentação, e contribuir à uma economia doméstica mais saudável, assim como mais estável e competitiva internacionalmente, em um mercado global, destacando-se as principais inovações propostas no Projeto de Lei 238/2012, voltado à formalização de um modelo de comportamento social mais autêntico.

Cumprido esse *script*, colima-se deixar sedimentado que a edificação dogmática proposta ao longo do trabalho vem ao encontro do reconhecimento do crédito como direito fundamental, assim como da necessidade de sua tutela, nas variadas esferas públicas, e do endividamento excessivo correlato, ao qual tem sido conduzido o *homo consumericus*, pelas mãos invisíveis da insaciável sociedade do hiperconsumo, que tornou a expectativa do sonho dourado de uma vida melhor um duro pesadelo.

2 O PAPEL DA HERMENÊUTICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEAS

A ciência do Direito, como objeto cultural, traduz saberes abertos a reformulações, conforme as circunstâncias históricas e culturais de cada tempo e de cada comunidade, pois o Direito está a serviço da sociedade e do senso de justiça, e não o inverso.

Por conseguinte, para se alcançar o ideal de justiça, num cenário de fragmentação e pluralismo, aclara a necessidade de uma nova hermenêutica, através das lentes constitucionais socializantes, verdadeiro filtro axiológico normativo, em que os princípios e os direitos fundamentais assumem posição de destaque.

Isso tudo é fruto de uma reelaboração teórica, filosófica e prática, que ensejou a ascensão política e científica do Direito Constitucional brasileiro, conduzindo a comunidade jurídica ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e realização de um generoso projeto de inclusão social.

Emantadas por essa sistematização, toda espécie de conflituosidade social encontra pródigo acervo principiológico, de fundo constitucional, para fincar suas tratativas e solvabilidade, como soe acontecer com o fenômeno do superendividamento, objeto do presente trabalho.

Para edificação das premissas argumentativas de proteção dos sujeitos que estejam sob os influxos predatórios do superendividamento, se faz necessária a contextualização do universo jurídico inclusivo em que esse fenômeno se encontra inserido na contemporaneidade, o que envolve a abordagem do reflexo da crise da pós-modernidade no direito privado, a aplicação de uma hermenêutica critico-construtiva, em cujo epicentro encontram-se os princípios constitucionais.

2.1 UM OLHAR SOBRE A CRISE DA PÓS – MODERNIDADE E SEU REFLEXO NO DIREITO PRIVADO

Voltando-se a atenção para o passado, e realizando-se uma digressão histórica, observa-se uma inversão antropocêntrica na compreensão da humanidade, a partir do renascimento, e das ideias que alavancaram o movimento iluminista, consolidador do projeto da modernidade.

Kant¹, destacando o sujeito do conhecimento, elevou o respeito a pessoa humana como um valor ético absoluto e redimensionou os rumos da filosofia moderna com o seu criticismo transcendental, complementando o ideal moderno ao enfatizar o papel ativo da mente no processo de conhecimento. Segundo ele, a cultura e a ética refletiriam padrões universalmente racionais e humanos, estando os deveres sujeitos ao princípio supremo da razão prática – o imperativo categórico – fundamento da prática moral.²

O projeto sociocultural ambicioso da modernidade foi capturado por Boaventura Santos³ ao salientar que o mesmo foi capaz de infinitas possibilidades e, como tal, complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios, assentando-se em dois pilares fundamentais, por si só já abstrusos: o da regulação e o da emancipação, ambos constituídos por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelos princípios do Estado, do mercado, da comunidade, enquanto o da emancipação é constituído pelos da lógica da racionalidade estético-expressiva (da arte e literatura), racionalidade moral-prática (da ética e do direito) e cognitiva – instrumental (da ciência).

Segundo Boaventura, o programa da modernidade fundava-se na estabilidade dos referidos pilares, assegurada pela correlação entre os princípios regulatórios e as lógicas emancipatórias. A racionalidade ética estaria relacionada ao princípio do Estado (Estado detentor do monopólio da produção e aplicação das normas jurídicas), ao passo que a racionalidade cognitiva seria alinhada ao princípio de mercado (ciência e técnica como molas mestras da expansão do sistema capitalista).

Desse modo, a essência do programa moderno sedimentava-se na confiança na capacidade racional do ser humano, no papel central da razão no processo cognitivo, de modo que essa razão permitisse ao homem construir o seu destino, de forma livre, secularizando o

¹Kant julgava que o ser humano estaria em constante progresso para melhor, exemplificando com o entusiasmo causado pela moral da Revolução Francesa. Ele ainda considerava a figura de uma "Constituição Civil", que estaria em harmonia com os direitos naturais dos homens, onde estes pudessem legislar. Dessa forma, liberdade, considerada como a autonomia plena, seria o poder de legislar para si mesmo.

²Bobbio questiona se a busca do fundamento absoluto é capaz de obter o reconhecimento e realização dos direitos do homem. Em sua análise, critica o racionalismo ético – ilusão do jusnaturalismo – segundo o qual os valores últimos podem ser demonstrados como teoremas e basta demonstrá-los, torná-los inquestionáveis, para ser assegurada a sua realização. A propósito, diz que a experiência histórica desmente o dogma, já que a consideração da natureza humana como fundamento absoluto não gerou maior respeito aos direitos do homem, e, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o problema dos fundamentos perdeu seu interesse, não sendo a hipótese de buscar a razão da razão, mas as condições para a realização dos direitos proclamados, confiante de que os direitos do homem é algo desejável.(Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era do Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010).

³SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez 1995, p.77.

conhecimento. Essa racionalidade desenvolvida nas ciências exatas e naturais se estenderia à elaboração de formas racionais de organização da sociedade, proporcionando a emancipação e o distanciamento das irracionalidades dos mitos e religiões.

O programa moderno abriu oportunidade para o Estado Constitucional de Direito democrático, vetor fundamental à compreensão da modernidade jurídica, marcada, sobretudo, por uma nova forma de relação entre o sistema político e a sociedade civil, a denotar um processo de estatização do direito e jurisdicização do Estado, num contexto de positivação do Direito.

A exaltação à lei foi resultante da conjuntura histórica da época, que, em síntese, traduzia: a) o apego excessivo à lei pela burguesia, que utilizava o aparato jurídico no seu interesse, monopolizando a produção jurídica do Estado, de modo que o julgador - que antes podia obter a norma de regras preexistentes na sociedade, princípios equitativos e de razão - torna-se órgão do Estado, tendo no direito positivo o único direito; b) as demandas do industrialismo e a celeridade das transformações econômicas exigiam instrumento jurídico mais dinâmico e maleável, em contraste com o lento processo consuetudinário; c) a separação dos poderes impunha ao julgador, na interpretação da lei, o se ater à literalidade do texto legal, mediante a técnica da subsunção (identificação de um raciocínio jurídico envolvente de uma premissa maior (diretiva normativa genérica) e uma premissa menor (caso concreto))

A ideia de que os homens se encontravam aptos a engendrar um projeto racional informavam as normas como instrumentos de uma razão capaz de operar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação dos problemas sociais. Nesse contexto, a Constituição, fruto de uma razão universal, condensava o pacto fundador da sociedade civil.

Entretanto, o projeto da modernidade entrou em colapso, revelando a desconfiança do discurso unificante. O racionalismo ocidental, conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, levou a profundos desequilíbrios entre os protagonistas sociais, engendrando o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético, a formação de um sujeito egoísta, direcionado ao ganho econômico, denotando as patologias da alienação, coisificação e massificação. As revoluções científicas, por seu turno, abalaram as bases do positivismo científico (certeza, neutralidade valorativa e distanciamento sujeito-objeto), revelando que a ciência não contém em si verdades universais objetivas. Os fundamentos do discurso científico e da própria verdade

científica tornam-se sociais, rompendo-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais.

Essa crise da modernidade fora, portanto, a crise do discurso da unidade indistinta e total, das promessas modernas de liberdade, igualdade, progresso e felicidade acessíveis a todos, verdadeiros excessos do projeto até então construído.

Como adverte o professor Ricardo Maurício Freire Soares⁴, o programa de modernidade dissolveu-se num processo de racionalização da sociedade, que acabou vinculando a razão às exigências do poder político e à lógica do desenvolvimento capitalista, de modo que o conhecimento científico da realidade natural e social, entendido como meio de emancipação do ser humano, foi submetido às injunções do poder vigente, evidenciando uma razão tecnocrática e um discurso a serviço do domínio dos homens e da natureza por esse poder.⁵

O pensamento contemporâneo, pois, passa a vetorizar uma transição paradigmática para uma cultura pós-moderna, onde a realidade social não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluída e incerta, imperando uma nova forma de “estar no mundo”, atenta às diferenças.

Capturando a crise da pós- modernidade⁶, Claudia Lima Marques⁷ afirma que, com a configuração da sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente, nasce

⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: RT, 2010, p. 64.

⁵ Segundo Nalin, a pós-modernidade marca o final do pensamento mais geométrico, por meio de uma desconstrução das utopias modernas, notadamente da razão sistêmica e da razão histórica. Versando sobre um novo modo de pensar, destaca as três vias de acesso ao pensamento pós-moderno, referidas por André-Jean Arnaud, quais sejam: a) crise contemporânea do Estado do bem-estar social, seguida da globalização, ante a mudança de papéis do Estado; b) enfraquecimento do Estado e fortalecimento da sociedade civil organizada e movimentos sociais ;c) novas descobertas científicas de bases sociais que relativiza o conhecimento, renovando paradigmas. (NALIN, Paulo . *Do Contrato: Conceito Pós moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil -constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2008 p. 115).

⁶ O termo "pós-moderno" foi criado em 1917 pelo filósofo alemão Rudolph Pannvitz, que, influenciado pela filosofia de Nietzsche, relacionou-a com o niilismo que dominou a cultura ocidental no século XX, revertendo todos os valores até então existentes. O prefixo "pós" não se refere à passagem temporal linear da era moderna para a pós-moderna, ao contrário, ela pretende expressar a oposição ao pensamento moderno (Cf. ROHRMANN, Carlos Alberto; CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Biometrical Data, Electronic Voting Machines and the Right to Vote*. In: KIERKEGAARD, Sylvia (ed). *Business and Law: Theory and Practice*, IAITL: Long Island New York, 2008, p. 506). Para Habermas, reconhecer nomear ou definir um fenômeno como se faz com o pós-modernismo, significa distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Embora não se considere pós-moderno, reconhece a importância dos seus pensadores como sensíveis indicadores do pensamento e espírito atual a indicar mudança.(HABERMANS Apud MARQUES, Claudia Lima. *Contratos Bancários em tempos pós-modernos : primeiras reflexões*. *Revista de Direito do Consumidor*, n.25, jan /março, São Paulo: RT, 1998, p.21)

⁷MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163.

também uma crise sociológica, denominada pós-moderna. Encarando os tempos pós-modernos como um desafio, refere-se aos mesmos como tempos de ceticismo quanto a capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam velozmente; tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão do direito civil agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A mestre gaúcha, ademais, trata a crise da pós - modernidade, como uma mudança na maneira de pensar e reconstruir o direito. Na sua versão desconstrutora, demonstra, de certa forma, uma apatia e um imobilismo em relação às novidades, aos novos desafios, assim com ilumina uma desconcertante crise de ideais e confusão de valores e linha jurídicas, que têm influência no direito contratual deste final do século.⁸

É justamente nesse contexto, que Bauman⁹ identifica a sensação individual ou coletiva de infelicidade, como um dos corolários do mal estar da pós-modernidade. Para ele, enquanto o mal estar da modernidade advinha de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual, o mal estar da pós-modernidade provem de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais.

Pode-se dizer que o pós-modernismo¹⁰ é uma crise de desconstrução, de fragmentação,

⁸ Para Fachin, a crise da pós-modernidade - uma crise da razão, da hipercomplexidade, com justaposição das diversidades, e interação – atingiu o direito. O pluralismo de fontes, a força criativa dos fatos e a afirmação dos espaços de não direitos como ensejadores de transformação social e jurídica abrem possibilidades antes negadas. De outro lado, o desvelar do mito da verdade, a intervenção estatal na economia do transitório jurídico, as relações de massa e de consumo comprometem a segunda estrutura e dilatam postulados, e os saberes são continuamente refundados, denotando ser tempo de operar criticamente o Direito. (FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.83)

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós- modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.10.

¹⁰ Para Andrea Marigetto, “Na perspectiva pós- moderna, a vida social não é mais uma realidade objetiva, onde se busca o funcionamento, mas o que experimentamos como vida social é, na verdade, a maneira como o imaginamos. Portanto, não existem sociedades como entidades fixas, mas unicamente entendidas como o fruto de um fluxo contínuo de conversas, modelos abstratos, representações e ficções que abrangem todos os níveis da vida social, narrados” (MARIGETTO, Andrea. O diálogo das fontes como forma de passagem da teoria sistemática – moderna a teoria finalística ou pós- moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes*. Do conflito a coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 120). Para Fernando Azevedo, “A pós-modernidade é um complexo fenômeno que perpassa todas as formas de relações sociais e de manifestação de pensamento humano (artístico, político, científico, etc), difundindo-se em escala global, pelo que se pode falar na existência de uma civilização pós-moderna e globalizada. Em torno do fenômeno pós-moderno são inúmeros os olhares e interpretações, ainda que possa haver certa concordância com o fato de que esse contexto represente uma época de ruptura ou incerteza quanto a continuidade de uma “visão geral de mundo”, construída e vivenciada ao longo dos últimos séculos” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Os

de indeterminação e deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito, assim como um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

A propósito, Sarmiento sintetiza com proficiência:

Há grande incerteza em torno do conceito de pós-modernismo, existindo diversas correntes no movimento, que vão do pós-estruturalismo de Michel Foucault ao pragmatismo de Richard Rorty, o que torna difícil qualquer tentativa de síntese. Sem embargo, pode-se afirmar que o pós-modernismo é desconfiado em relação à razão, na qual vislumbra um instrumento de repressão, e tem a pretensão de desconstruir as principais categorias conceituais da modernidade, como as ideias de sujeito, de progresso, de verdade e de justiça. [...] Segundo cultores do pós-modernismo, a modernidade seria “uma gaiola de ferro de burocratização, centralização e manipulação infinita da psyche pela indústria cultural e pelos regimes disciplinares do poder e do conhecimento”, e a pós-modernidade representaria o “momento de ruptura”, que “desafia o sistema, suspeita de todo pensamento totalizador e da homogeneidade e abre espaço para o marginal, o diferente, o outro”, sendo assim uma “celebração do fluxo, da dispersão, da pluralidade e do localismo.”¹¹

Percebe-se, assim, que os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna são o pluralismo, a prospecção, a discursividade – comunicativa, a relatividade, e a narração.¹²

O pluralismo manifesta-se na existência de diversas fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a implosão dos sistemas normativos genéricos e conseqüente surgimento dos microssistemas jurídicos, como é o caso do Direito do Consumidor. De outra banda, denota a ideia de escolha do próprio modo de vida, considerando a identidade cultural dos povos e indivíduos, e, assim, manifesta-se nos interesses difusos a proteger, no direito à diferença e ao tratamento diferenciado dos diferentes, passando, portanto, a ser tido como um

desequilíbrios gerados por desvantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito a coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 330-331)

¹¹SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p. 234.

¹²Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘*le retour des sentiments*’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘*Zersplitterung*’), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o “*double coding*”, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos “espaços de excelência” (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 et. seq.)

valor jurídico.

A comunicação como forma de interação intercultural é um valor máximo da pós-modernidade, a nova legitimação do direito. Ela se integra com o pluralismo, denotando que a necessidade de trocar experiências e conhecimento fomenta a comunicação entre iguais, buscando-se uma sociedade com reduzidas fronteiras. O fenômeno jurídico pós-moderno valoriza, assim, a dimensão discursivo comunicativa, ao entender que o direito é uma manifestação da linguagem humana, e que a realização e o conhecimento do direito exigem o uso adequado dos instrumentos linguísticos da semiótica. Isso significa que o aplicador do direito deve procurar as significações do direito nas interações comunicativas. Não é por outra razão que Arruda Júnior e Gonçalves¹³ afirmam que a linguagem funda e constitui o mundo, e que nessa mediação linguística da compreensão, o mundo é transformado, constantemente desfeito e refeito.

A relatividade quer significar que não existem verdades jurídicas absolutas, mas dados provisórios e relativos. A propósito Luigi Ferrajoli¹⁴ afirma que uma justiça integralmente atrelada à verdade é utópica, mas uma justiça completamente sem verdade compreende uma arbitrariedade.

A prospecção vem ao encontro da própria dinamicidade do fenômeno jurídico, que exige do legislador a elaboração de diplomas com utilização de fórmulas normativas abertas, a fim de conceder flexibilidade aos modelos normativos e, conseqüentemente, adaptá-los às novas realidades advindas com o passar do tempo.

A narração, por fim, é referida como consequência da comunicação, da informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais. Existiria, assim, um novo método de confecção normativa, não para regular condutas, mas normas narrativas de seus objetivos, princípios, finalidades, positivando os objetivos do legislador, de modo a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.¹⁵

Toda essa moldura de ideias da pós-modernidade harmoniza-se com a ideia de uma abertura metodológica, envolvente do direito privado contemporâneo, que se vê conduzido por uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade, instrumentais fundamentais no enfrentamento de situações fáticas órfãs de positivação, como ocorre com o

¹³ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 202, p. 326

¹⁴FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.39.

¹⁵Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 et seq.

fenômeno do superendividamento, objeto do presente trabalho.

A seguir será demonstrada a importância da abertura metodológica para o enfrentamento das conflituosidades ainda não positivadas.

2.1.1 A consciência da abertura metodológica para construir novos paradigmas no direito privado.

Quando se faz uma incursão histórica desde o medievo, passando pela modernidade, até alçar a pós-modernidade, nota-se perfeitamente as mutações a que se sujeitou a compreensão do próprio Direito e seus institutos, numa evidência de que, nas Ciências Sociais, a verdade não existe em si mesma, como algo que se estabelece sem qualquer possibilidade de corrosão, sobretudo porque o Direito está a serviço da sociedade e do senso de justiça e não o inverso.¹⁶

Não é por outra razão que se afirma ser o Direito um fenômeno profundamente social, e, conseqüentemente, ser impossível estudá-lo sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade.¹⁷

O discurso proprietário liberal burguês de total abstração do sujeito de direito, igualdade formal, separação entre Estado e sociedade, ressecou e quebrantou-se num contexto de estado social, que reclamou a funcionalização dessa propriedade, em razão dos interesses da coletividade, revelando não ser “possível equacionar problemas com a formulação de soluções abstratamente consideradas, desconsiderando os valores que informam a convivência humana”.¹⁸

Pensar, portanto, o Direito como um todo orgânico, a serviço de classes dominantes, de interesses eminentemente econômicos, é pensar um Direito distanciado do sujeito, da pessoa humana, ou seja, encarado solipsticamente. No atual Estado Democrático de Direito, essa visão de uma sociedade atomizada de indivíduos isolados está ultrapassada, devendo a

¹⁶ Caenegem já dizia que “A sucessão destes interesses e ideias significa que a sociedade, logo, também o direito, está constantemente mudando. O aparecimento em determinados períodos históricos de um direito estável e imutável é enganoso, como o são as crenças manifestadas pelo povo desta época. Até mesmo na alta Idade Média, quando a visão predominante era do direito como algo imutável e quando de fato havia bem menos tentativas de manipulação deliberada do direito do que nos períodos posteriores, grupos de pressão estavam em plena atividade e tentavam transformar em seu benefício estruturas institucionais que tinham sido criadas com outros objetivos (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 255-256).

¹⁷ Ibidem, p.188.

¹⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2002, p.166.

unidade do Direito ser pensada e plasmada como instrumento da concretização dos direitos fundamentais, cujo núcleo propulsor, sem dúvida, é a dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que Eroulths Cortiano¹⁹ assevera que a ideia do discurso traz em si a ideia de curso, percurso, de correr por, de movimento, movimento que, materializando ideologias, está na base da produção humana. Como a linguagem é a mediação necessária entre o homem e a realidade natural e social, o discurso acaba sendo o campo onde confluem todas as formulações feitas pelo homem a partir de informações por ele recebidas. Como o discurso ao mesmo tempo constrói e desconstrói o saber, ele serve para conhecer e desconhecer, para reprimir e antecipar.²⁰

A própria metodologia da pesquisa jurídica, no contexto contemporâneo de ceticismo quanto a capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas perturbadores da sociedade atual, reclama o refinamento do seu olhar à pluralidade, o dinamismo e a flexibilidade, a fim de harmonizar-se o Direito com uma realidade de globalização e fluidez da circulação da informação, “onde tudo é sólido e se desmancha no ar”, e encontra-se condensado na esfera do conhecimento a alteridade.

A ideia de uma segurança jurídica a partir de um método subsuntivo de adequação fato/norma não satisfaz ao cenário pós-moderno, sobretudo diante do princípio da dignidade da pessoa humana, que exige a introdução de elementos transdisciplinares no âmbito das relações jurídicas, pois as normas deixam de representar um fim em si mesmas, privilegiando-se a interferência intersubjetiva.

Por isso afirmou Luigi Ferrajoli, como já frisado, que uma justiça integralmente atrelada à verdade é utópica, ao passo que uma justiça completamente sem verdade compreende uma arbitrariedade.²¹ Freire Soares, por seu turno, após acentuar que a pós-modernidade é marcada pela constelação de valores e fundamentos linguísticos, pontua que o relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber jurídico.²²

¹⁹ JUNIOR, Eroulths Cortiano. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.3

²⁰ Anderson Schreiber, ao abordar a cláusula geral da proibição de comportamento contraditório, sob o foco da necessidade de rupturas para avanços dispõe que: “a incoerência pode ser olhada de um modo diferente, no sentido de rompimento com estado anterior necessário a evolução do homem e, como antítese a estagnação e ao marasmo. Assim, sob esse prisma, incoerência e contradição associam-se as virtudes, ao espírito revolucionário, ao livre arbítrio, e passam a ser vistas como expressões do que há de mais natural e necessário na condição humana. Aliás, a contradição parece ser um elemento inato ao próprio senso comum (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro. Renovar: 2005, p. 12-13).

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.39.

²² SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo:

Nessa senda, Boaventura de Souza Santos²³, diagnosticando a emersão de um novo paradigma científico, pontua lapidarmente que “todo conhecimento é autoconhecimento”, ratificando os aportes filosóficos da fenomenologia, ontologia fundamental e do existencialismo, de modo a relativizar a dicotomia sujeito versus objeto. Essa abordagem alcança o sentido de uma visão holística, que aproxima os conhecimentos, a partir da ideia de que “todo conhecimento científico natural é também científico social”.

Segundo o pensamento de Thomas Kuhn, a revolução do Direito se dá especialmente na superação frequente dos antigos modelos e padrões legais (paradigma positivista) pela adoção de novos padrões de acompanhamento da dinâmica social.²⁴

Em sua dialética sem síntese, Merleau Ponty,²⁵ a partir da concepção de ambiguidade, esclarece que nunca se chega a uma superação absoluta, pois o homem esta sempre em busca de transformações contínuas, num vir a ser de possibilidades. Segundo ele, não há certezas, não há verdade absoluta, nem a do conhecimento, nem a da própria ambiguidade. A interrogação e a investigação permanecem em aberto, sempre em transformação, e o homem, nesta visão, é um eterno vir a ser, sempre em movimento, por isso numa dialética sem síntese.

Contrária à visão da ciência positivista, que concebe o homem como um ser estático, constituído de partes autônomas, e que explica os fatos com base na causalidade, toda a obra merleopontiana é uma crítica a esse modelo positivista. Ele vê o homem como um conjunto de possibilidades que vai se realizando na sua relação dialética com o mundo. Propõe a volta à experiência real como o dado básico para a constituição da ciência, isto é, um modelo de realidade acausal, onde a circularidade do movimento dialético sem síntese aparece muito mais radical do que nos modelos lineares do positivismo.

Feyraband, com seu dadaísmo metodológico, já expressava que o conhecimento pós-moderno, sendo total, não é determinístico, sendo local não é descritivista, é um conhecimento sobre as condições de possibilidade, da ação humana projetada no mundo a partir de um espaço – tempo. Segundo o filósofo, um conhecimento deste tipo é relativamente imetódico, pois constitui-se a partir de uma pluralidade metodológica, o que denota que cada

Revista dos Tribunais, 2010, p. 71.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*, 6.ed.São Paulo :Cortez, 2006, p.74-80.

²⁴ A revolução científica de Thomas Kuhn, representada pela transição de paradigmas, surge a partir do momento em que o paradigma antecessor entra em crise por não ser mais suficiente à solução dos problemas, demandando sua substituição por outro, num processo não cumulativo, que por isso mesmo revela uma mudança de conceitos, princípios e visão do mundo. (Cf. KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Coleção debates dirigida por J. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.)

²⁵ Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Assim, só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta, e, numa fase de revolução científica essa pluralidade de métodos só é possível mediante transgressão metodológica”.²⁶

Jack Balkin²⁷, por sua vez, sustenta que a “desconstrução” é uma prática que tem o condão de aproximar as teorias do pensamento ideológico, levando à reflexão o questionamento sobre como as pessoas formam e usam ideologias no discurso jurídico, consciente ou inconscientemente. Essa desconstrução é utilizada como técnica específica de aplicação aos variados textos, inclusive às questões jurídicas, embora Derrida, em que se inspirou, não considerasse a desconstrução posição ou método filosófico na prática.

O filósofo americano propõe uma nova visão crítica sobre os fundamentos jurídicos, a partir da utilização do método da desconstrução na interpretação de textos legais e na análise de decisões judiciais, sugerindo, outrossim, que se utilize a desconstrução como uma ferramenta para análise histórica e ideológica, que envolve a formação dos princípios jurídicos contidos na lei.²⁸

Nessa senda de intelecção, o direito pós - moderno, não tem como papel a manutenção das estruturas político-econômicas e do *status quo*, mas, ao reverso, através da ciência jurídica, tem papel fundamental na transmutação da sociedade.

A propósito, sob uma perspectiva crítica da estrutura das ciências objetivistas, Habermas, em sua obra *Conhecimento e interesse*²⁹, demonstra que o sujeito perde a sua referência cognoscente, em virtude de um conhecimento fundamentado na matematização e exatidão, e num positivismo cujo conhecimento pressupõe duas certezas: *a sensível e a metódica*. Evidencia, portanto, que é diante das certezas absolutas que o conhecimento mantém-se estreitamente vinculado à esfera da dominação, desprestigiando as possibilidades do conhecimento crítico mediante a autorreflexão.

²⁶ FEYERABEN, Paul K. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007, p. 77-78.

²⁷ Cf. BALKIN, Jack M.. *Deconstructive Practice and Legal Theory* (1987). 96 Yale L. J. 743. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconstructivepractice.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2014

²⁸ Através dos métodos da desconstrução da inversão de hierarquias, percebe que os conceitos legais são construídos por meio de privilégios disfarçados de um sobre o outro e que ao ter revelada essa oposição e desconstruída essa relação, chega-se a uma visão inteiramente diferente da relação vista inicialmente.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse - com um novo posfácio*. Introdução e Tradução de José N. Heck. Revisão de Texto de Gustavo Bayjer. Rio de Janeiro: Z A H A R EDITORES, 1973, parte III.

O próprio Balkin refere-se à autorreflexão, no sentido de que aquele que buscar ser desconstrucionista deverá engajar-se num processo de autorreflexão, colimando determinar quando a utilização do método desconstrucionista possibilitará uma nova visão (*insights*) quanto a visão anterior sobre o direito, a doutrina jurídica, ou sobre a própria sociedade, anteriormente aceitos como verdade inquestionável, numa posição privilegiada.

Não é por outra razão que, para Habermans, somente a tomada de ações comunicativas pode reconstruir a legitimidade do direito, atenuando a tensão entre facticidade e validade através da busca pelo consenso racional.

Desse modo, a consciência da abertura metodológica jurídica é algo que urge se espalhar e contagiar os operadores do direito, numa busca da substância do direito e da concretização dos direitos já sufragados pela ordem vigente. A preocupação vai além da forma do conhecimento jurídico, que foi a preocupação das metodologias oitocentistas da Ciência do Direito, da previsão normativa de uma cartografia cada vez maior de direitos fundamentais ou de técnicas procedimentais ou retóricas.³⁰

Nesse compasso, vale lembrar Fachin, para quem “a transformação de paradigmas supõe riscos e possibilidades. As dificuldades advêm da força de permanência dos significados e dos saberes pretensamente perenes dos significantes”³¹. Acerca da tentativa de construção, transformação e libertação, ainda assevera:

[...] essa projeção do que se descortina não tem (nem pode ter) pacificidade. Envolve, por certo, rompimento e superação. Futuro, ruptura e transformação seguem, pois, lado a lado na tentativa de construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre “o novo que surge e o velho que declina”³².

Enfim, o papel do conhecimento, numa perspectiva interdisciplinar, não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação, na busca da justiça³³, de modo que é preciso investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão

³⁰ Como assevera Perlingieri, “Superado o mito da incerteza do Direito e da destruição do sistema, a nossa época convida a participar em sua reconstrução, com o contributo crítico e com a redescoberta do gosto de contribuir para o debate cultural no país, conscientemente, recuperando, também no estudo, os valores da seriedade, da tensão civil e moral; os quais constituem os pressupostos para viver o novo período de renascimento dos direitos civis” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.83).

³¹ FACHIN, Luis Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175

³² *Ibidem*, p.327

³³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. In: BARROSO, Luis Roberto (coord.). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. Renovar, 2008, p. 13-17

do possível para enfrentar as novas conflituosidades da pós-modernidade.³⁴

Nessa linha de raciocínio construtivista, passa-se às considerações quanto a importância da hermenêutica orientada pela Constituição, para alcançar com justiça as situações fáticas da vida social, estejam ou não positivadas no ordenamento pátrio.

2.1.2 A Necessidade de uma hermenêutica sistêmica, unificante e crítico–construtiva, orientada pela Constituição.

Múltiplas são as teorias sobre o sistema jurídico, e as respectivas exigências metódicas, observando-se que, na era moderna, tal construção se solidificou com Savigny, desenvolveu-se formalmente com a Jurisprudência dos conceitos, e materialmente com a Jurisprudência dos interesses, vindo a atingir o apogeu do formalismo com Hans Kelsen³⁵. Entretanto, diante da insuficiência material deste último, foram elaboradas concepções que passaram a relacionar as condições formais e materiais, ou valorativas, do pensamento jurídico, tais como o fizeram Karl Larenz e Claus Canaris e a teoria dos sistemas autopoieticos³⁶.

³⁴ Nelson Rosenvald foi muito sensível na compreensão das desconstruções reconstrutivas ao ponderar o seguinte: “Tal como imaginou Lewis Carroll, em sua obra Alice no país das maravilhas, a menina seguiu um coelho branco e se viu em uma dimensão na qual muitas das regras que regem o mundo real são quebradas. Curiosamente, há uma lógica em todos os atos que podem ser vistas nas relações entre os personagens. Tudo acaba quando Alice desperta do seu sonho e retorna ao mundo controlado e conhecido. Enfim, podemos perseguir o coelho branco, desbravando desconhecidos territórios, mesmo que isto implique uma certa perda de segurança, ou, então, imitar o personagem do chapeleiro, que brigou com o tempo e permanece tomando o seu chá, pois para ele o relógio estacionou as 18 horas” (ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: *Direito Contratual: temas atuais*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 84)

³⁵ Segundo Kelsen, o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico em que o critério de pertinência é formal, e nele duas normas em contraste são perfeitamente legítimas. E para julgar as antinomias dessas normas é preciso examinar o conteúdo delas, não bastando a referência à autoridade que as emanou. Partindo da análise do conceito de sistema feita por Kelsen, se pode identificar dois tipos de sistema: estático e dinâmico. O estático é aquele em que as normas estão ligadas entre si em relação ao conteúdo como as proposições em um sistema dedutivo, de modo que todas as leis formam um sistema enquanto são deduzidas da primeira. O dinâmico é aquele em que as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, através da autoridade que as estabeleceu numa ligação formal e não material. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo: 2012, p. 217-220).

³⁶ A teoria sistêmica de Luhmann enfatiza os sistemas vivos, psíquicos e sociais como autopoieticos, autorreferentes e operacionalmente fechados, pretendendo elaborar uma teoria geral da sociedade. Adepto da interdisciplinaridade, Luhmann importou da biologia o conceito de “autopoiese” elaborado por Maturana e Varela, segundo os quais, apesar de um organismo obter materiais externos para a produção de uma célula, esta só pode ser produzida dentro de um organismo vivo, ou seja, o organismo vivo é capaz de produzir suas próprias células, de modo que apenas os sistemas vivos eram autopoieticos. Luhmann estende essa característica aos sistemas sociais e psíquicos. Do grego, “auto” quer dizer “mesmo” e “poien” significa “produzir”. Pode-se dizer que um sistema é autopoietico quando ele produz sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, incluindo o último elemento não mais passível de decomposição que, no caso dos sistemas sociais, é a comunicação e, no caso dos sistemas psíquicos, é o pensamento. O sistema é constituído somente por elementos

Como explica Tercio Sampaio³⁷, a concepção de ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado Moderno e o desenvolvimento do capitalismo. A expressão introduziu-se no pensamento jurídico nos idos do século XVI e tornou-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX, até a atualidade.

O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática, porquanto nele se incluem elementos normativos (as normas), que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.), revelando-se na sua estrutura regras e princípios, visto pelo Direito contemporâneo como um conjunto sistemático.

A ideia de sistema, enquanto regulamentador da ordem jurídica, deve ter como análise prévia a generalidade das relações sociais, considerando-se a criação de um sistema normativo como um fenômeno integrador das normas jurídicas, havendo por consequência, a criação dos elementos justificantes para a delimitação de um dever jurídico. Por isso o ordenamento jurídico seria um conceito operacional, permitindo assim, a integração das normas num conjunto transparente, em que possam ser visualizadas como normas jurídicas válidas³⁸.

Nessa construção de pensamento, Perassi³⁹ entende que as normas que passam a constituir um ordenamento não estão isoladas, mas se tornam parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como conexões pelas quais as normas são reunidas de modo a constituir um bloco sistemático.

Na sua abordagem sobre os sistemas, entende Karl Larenz⁴⁰ que a missão do sistema científico é mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso, serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais, pressupondo-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão, de fato, entre si, numa conexão de sentido, ou seja, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou noutros

produzidos internamente, e suas estruturas são as únicas que podem determinar o que existe e o que é possível. O sistema não reproduz fielmente os elementos do ambiente, ou, mais precisamente, no sistema não há nenhuma representação do ambiente, assim como ele é. (LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997, p. 40-43).

³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 177-181.

³⁸ Ibid, p.178

³⁹ PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*. Padova: Cedam, 1953, p.32

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 694-695.

fatores mais ou menos causais.

Na conformação das ideias do jurista alemão, as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multímoda umas com as outras, de forma a se constituírem partes sintonizadas de uma regulamentação, a que subjazem determinados pontos de vista diretivos. Nesse toar, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, bem assim a sua função no contexto da regulamentação em causa.⁴¹

Além disso, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou considerável parte dele, está subordinado a determinadas ideias diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A função dessas ideias é justificar as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir, na medida do possível, as contradições de valoração. São de grande préstimo para a interpretação, e, sobretudo, para o desenvolvimento do Direito imanente e transcendente à lei.

A descoberta das conexões de sentido⁴² em que as normas e regulações particulares encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica⁴³.

Assim, as normas só atingem seu conteúdo harmônico com as demais normas mediante a relação sistemática entre as mesmas, que impõe a sua fundamentação recíproca e complementação de funções.⁴⁴

A propósito, Canaris⁴⁵ entende que o papel do conceito de sistema é o de traduzir e

⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 621

⁴² Acerca do sentido, Humberto Ávila afirma que as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, o que retira a necessária correspondência entre norma e dispositivo. Nessa senda, o autor lembra que a Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor. E afirma “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentido dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal”. Assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto; um ato de reconstrução a partir de núcleos de sentidos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30-31.)

⁴³ LARENZ, op. cit. p. 622

⁴⁴ A metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito (indício da ideia de sistema), como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 14-15.)

⁴⁵ *Ibid*, p. 22-23.

realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Segundo ele, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir do princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização, como os valores mais elevados. E todos esses postulados podem ser melhor realizados através de um Direito adequadamente ordenado em um sistema, iluminado por princípios, e distante de um quadro em que se vislumbre uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de fato, imediatamente, na ideia de Direito, como conjunto dos valores jurídicos mais elevados.⁴⁶

À guisa da concepção de sistema jurídico como ordem de princípios, Canaris⁴⁷ afirma que se deve avançar até aos valores fundamentais mais profundos de uma ordem jurídica para apurar a *ratio iuris* determinante, pois só assim podem os valores singulares libertarem-se do seu isolamento aparente e reconduzirem-se à almejada conexão orgânica, obtendo aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível.

Dessa forma, o sistema deixa-se definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Segundo Nalin⁴⁸, o propósito da propagação abertura do sistema é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, que devem estar comprometidos, assim como os princípios, com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento, dada a necessidade desse sistema de estar sempre em construção.⁴⁹

Tratando o direito como sistema, Bobbio⁵⁰, passando das declarações programáticas ao exercício da atividade do jurista, observa uma outra evidência da tendência da jurisprudência em considerar o direito como sistema: a interpretação sistemática, entendida como a que extrai seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento ou parte dele constituem uma totalidade ordenada, e, portanto, é lícito aclarar uma norma obscura ou até

⁴⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 18-21

⁴⁷ Ibid, p. 77-79

⁴⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós - moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 67.

⁴⁹ Por isso Larenz se refere a “condensação provisória” do sistema, que deve estar sempre aberto. (Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 234.)

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fonte. 2011, p. 235

integrar uma norma deficiente, recorrendo ao espírito do sistema, mesmo que o resultado seja distinto do que decorreria de uma interpretação meramente literal.

E assim é porque, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se as decisões judiciais às cegas, já que requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são materialmente adequadas, ou seja, se são fundamentadas sistematicamente.

Versando sobre a irradiação horizontal das normas de direito fundamentais a todos os ramos do direito, e suas amplas consequências na natureza do sistema jurídico, Robert Alexy pontua, com a lucidez que lhe é peculiar que, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico aberto substancialmente, determinado por meio da Constituição, em razão da abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, a implicar a necessidade de sopesamentos. Para ele, essa própria abertura do sopesamento, já conduz a abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais.⁵¹

Daí porque apenas a ordenação sistemática, aberta a influencia dos fatos e suas circunstâncias,⁵² permite compreender a norma, de modo a atender à finalidade que dela pretende se retirar no ordenamento⁵³. A adequação racional e valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito: o sistema como a consequência do Direito, interiormente pressuposta.

Nesse enfoque sistemático, a unidade procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica e representa a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação de aspectos relevantes no caso concreto, a favor dos princípios e valores que inspiram o ordenamento.⁵⁴

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 545.

⁵² Canaris, vencendo a noção de sistema de direito fechado (sistema autossuficiente e fundado na ideia da coerência interna das suas normas integrantes e na capacidade de responder eficazmente às situações de fato por meio de interpretação e aplicação das leis) oferece uma nova visão sistemática do direito encetando-o como sistema aberto e móvel, mediante o uso da cláusula geral, cujo preenchimento com valorações somente pode ser feito com a consideração de critérios decorrentes da análise do caso concreto, da análise dos comportamentos sociais desejados, padrões de conduta ética reconhecidos pela comunidade. (CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p.25)

⁵³ Ibid, p.25

⁵⁴ Importa observar que os valores constitucionais, embora hierarquizados em seu interior, prevalecem sobre os valores legais em nível diverso. Aqui vale lembrar a colocação de Falzea no sentido de que a hierarquia dos valores jurídicos não deve ser confundida com a hierarquia das fontes. Diz o eminente doutrinador: “[...] é

A propósito, Juarez Freitas⁵⁵ explica que a interpretação é sistemática, porque sempre atuante o metacritério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia da racionalidade do processo, e tópica, porque a hermenêutica se mostra como processo empírico e aporético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre sentidos múltiplos, que, para tanto, se vale da edificação principiológica.

Essa unidade garante, sobretudo, que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos, garantindo-se a efetividade da unidade do conceito de sistema.⁵⁶

Perceba-se que, no contexto de pós-modernidade, de desconfiança no direito como instrumento de solução e pacificação de conflitos, fragmentação de ideias e valores, e manifestações típicas, tais a aplicação plural, de narração, uso de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, e valores antinômicos, nasce a exigência de um sistema jurídico eficiente e justo.

Segundo Junqueira de Azevedo⁵⁷, um dos principais sintomas da influência do paradigma pós-moderno no mundo jurídico é o que se tem chamado de “hipercomplexidade”, caracterizada pela multiplicidade de fontes jurídicas, materiais e formais, a regular uma pluralidade de interesses sociais e grupos que buscam o reconhecimento de seus próprios valores e visões de mundo, ao invés de valores compartilhados.

Emilio Betti pontua que o jurista deve considerar o ordenamento jurídico na sua dinamicidade e interação com o mundo atual, não devendo buscar meramente o significado da

verdade porém que a hierarquia das fontes se reflete na hierarquia dos valores no sentido de que os valores constitucionais prevalecem sobre os valores legais justamente porque postos pela fonte constitucional. É uma relação hierárquica entre a norma constitucional e a norma ordinária a fundar a relação hierárquica entre o valor constitucional e o valor comum” (FALZEA, Apud PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução : Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207)

⁵⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 120

⁵⁶ Para Perlingieri “o caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que “na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional normativa”. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão a normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui “caráter fundamental da juridicidade” e não somente o dever ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento “ ” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução : Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205-206)

⁵⁷ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n.33, São Paulo: RT, p. 123, jan./mar, 2000.

norma considerada em sua abstração e generalidade, mas interpretar segundo a realidade social. Segundo ele três seriam as funções no processo interpretativo: histórica (supervisiona o pensamento do passado), normativa (máximas orientadoras a uma decisão), reprodutiva (tradução ou dicitão de outra língua).⁵⁸

Nesse campo hermenêutico, torna-se imprescindível perquerir a tridimensionalidade dos signos linguísticos, desenvolvendo as análises sintática (desmembra componentes de uma frase), semântica (significação das palavras) e pragmática (relação dos signos com os emissores e destinatários, no sentido de que as unidades sintáticas e o sentido do texto varia conforme a situação de uso em cada cultura), numa dinâmica semiótica, a fim de que se opere uma mediação entre o direito positivo e a realidade circundante.

Há de se destacar o papel da hermenêutica dinâmica⁵⁹ quando se considere como verdade que o sentido incorporado no modelo normativo seria mais rico do que tudo que o seu criador concebeu, porquanto suscetível de adaptação aos fatos e valores sociais. Ou seja, o sentido da norma se regenera continuamente, de modo que a interpretação jurídica permite transcender aquilo que já começou a ser pensado pelo legislador, delimitando a real vontade da lei. É por isso que a lei só adquire um sentido com a aplicação que lhe é dada.

A busca ou a absorção de instrumentais hermenêuticos que respeitem as diferenças e realizem a justiça é fundamental.⁶⁰ A própria natureza do constitucionalismo brasileiro aponta

⁵⁸ BETTI, Emilio. *Interpretacion de la ley y los actos jurídicos*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1956

⁵⁹ Eros Grau divisa duas ideologias de interpretação judicial: estática e dinâmica. A primeira parte dos valores certeza e estabilidade para definir que a norma jurídica deve possuir significado imutável, determinado pela vontade do legislador, só sendo viável a interpretação sistemática e literal. A dinâmica considera que a interpretação é atividade que adapta o direito as necessidades presentes e futuras da vida social, isto é, trata-se de atividade criadora (as decisões judiciais possuem eficácia geral, são normas individuais, supõe norma geral, em certas situações o Juiz formulam novas normas não vinculadas a textos preexistentes).

⁶⁰ Nessa senda, Boaventura de Souza Santos propõe uma hermenêutica diatópica para um diálogo intercultural, afirmando que :“No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de topois fortes. Os topois são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. Topois fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando "usados" numa cultura diferente. O melhor que lhes pode acontecer é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Compreender determinada cultura a partir dos topois de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível. Partindo do pressuposto de que tal não é impossível, proponho a seguir uma hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para as superar. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topois de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem.

nesse sentido, sobretudo quando focada a sua natureza dirigente e a consequente admissão da primazia axiológica e da amplitude dos efeitos jurídicos do princípio da dignidade da pessoa humana⁶¹, cujo respeito é a base para a realização de um direito justo.

Outrossim, a busca pelo justo, grande objetivo da ciência jurídica, continua num movimento de circularidade, dinamizado pela utilização de formulas persuasivas de topoi, lugares comuns de argumentação jurídica, cabendo à jurisprudência mostrar suas possibilidades, através do uso adequado dos tópicos capazes de melhor atender às peculiaridades do caso concreto.

O operador do direito é instado a formular argumentos de convencimento utilizando-se de noções pertencentes à moralidade, mediante o uso dos topoi, dentre os quais os princípios jurídicos, o que remete a necessidade de uma escolha valorativa do hermeneuta, que se orienta pelo potencial justificador e racionalizador para a tomada de uma decisão.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica deve ser um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem estar social, a dignidade, a liberdade, a igualdade, deve, para tanto, experimentar modificações para se ajustar à nova realidade em que e para que é revivida.

Nesse toar, a lógica do razoável torna o operador do direito capaz de perceber a realidade fática em função dos valores que a constituem, potencializando a realização do direito justo, por exteriorizar uma operação axiológica e teleológica, que se revela compatível com as especificidades histórico culturais do caso concreto.

E é justamente à luz dessas ideias que se pode dizer que um Direito que se pretenda adequado às aspirações sociais e ao respeito dos direitos fundamentais “deve partir do topoi ignorado pelos modelos codificados”.

2.1.3 O papel hermenêutico dos princípios constitucionais: “reserva de justiça”.

Como já alinhavado, o Direito, a partir da segunda metade do século XX já não cabia

Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>. Acesso em: 13 maio 2014).

⁶¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

mais no positivismo jurídico, e na sua rígida separação entre ética e Direito.⁶²

Na ótica positivista, a Constituição Federal era uma mera declaração política, que definia as competências dos órgãos estatais e declarava os núcleos de direitos fundamentais de defesa do indivíduo perante o Estado, sem o olhar voltado aos interesses sociais em evolução, cuja finalidade precípua seria a limitação do poder político estatal.⁶³

Sujeita ao formalismo positivista, a Hermenêutica Constitucional, valia-se dos mesmos métodos de interpretação tradicionais aplicáveis às normas jurídicas em geral, quais sejam os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico, e, no processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, a lei despontava com primazia em relação aos princípios, os quais, embora presentes no ordenamento jurídico, encampavam função secundária, limitada à resolução dos eventuais casos de lacunas.

A partir do advento do Estado do Bem- Estar Social (*Welfare State*) e os alcunhados “direitos de segunda geração” - que exigiram participação mais ativa do Estado na vida da sociedade para garantir condições mínimas de sobrevivência à população - a maioria dos países, sobretudo os que passaram por vivências ditatoriais, incorporaram em seus textos constitucionais catálogos de direitos e garantias fundamentais e de princípios jurídicos, vestidos de normatividade, ensejando novos contornos analíticos às Constituições Contemporâneas.

Nesse contexto pós-positivista, de reconstrução valorativa, e inspiração humanista, a Constituição deixa de ser um simples instrumento de limitação do poder estatal, destituído de força normativa, tornando-se um sistema real de normas, de conteúdo axiológico, consagrador de regras e princípios⁶⁴, que vão traduzir os valores e ideologias compartilhados pela

⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. BARROSO. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria critica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto.(org). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.28

⁶³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 75-86, jul./set. 2003, p.80

⁶⁴ É importante distinguir regras de princípios, e, para tanto, destaca-se a concepção de Robert Alexy. Para esse doutrinador alemão, tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, isto é, ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ambas são razões para juízos concretos de dever ser. Tomando o critério hipotético condicional, podemos dizer que a distinção fulcral entre princípios e regras é que princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (porque a aplicação dos princípios depende de princípios e regras que a eles se contrapõem, e porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado diante de fatos concretos) ao passo que as regras são normas que ou são satisfeitas plenamente ou não, contendo, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (quando uma regra vale , então é determinado fazer exatamente o que ela exige). Por conseguinte, os

coletividade, dando unidade e harmonia ao sistema, e, ao mesmo tempo, atenuando as tensões normativas, através de uma argumentação jurídica aberta, que não se esgota numa lógica formal.⁶⁵

Como bem expressa Fachin, vê-se “nessa principiologia axiológica, uma ordenação material ou substancial, e a compreensão dos elementos de base que cimentam, a partir da realidade da vida, o sistema jurídico”⁶⁶.

É justamente nesse cenário reconstrutivo, resultado do reencontro entre ciência jurídica e filosofia do Direito, que os laços entre Direito e Moral são revistos, com o propósito de aproximar o fenômeno jurídico da realidade social, de modo a consagrarem-se os princípios jurídicos e, conseqüentemente, os direitos fundamentais enunciados pela principiologia constitucional, incorporando representações de valores da liberdade, igualdade, dignidade de todos os seres humanos.⁶⁷

princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. A diferença entre regras e princípios se torna mais evidente nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras, situações que ensejam soluções distintas para precaver a coexistência de dois juízos concretos de dever ser jurídico contraditórios. Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, contendo, nesse sentido, um mandamento *prima facie* e não definitivo. Representam, pois, razões que podem ser afastadas por antagonismos, não dispondo da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou classes de princípios, sem que isso iguale o seu caráter *prima facie* ao das regras. Ao contrário dos princípios, como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Quando é introduzida uma cláusula de exceção, diz-se que a regra perde seu caráter definitivo estrito, adquirindo o caráter *prima facie*, embora seja este diferente daquele dos princípios. Então, regras e princípios são razões de natureza distinta, aquelas razões definitivas (se infensa a exceções), que estabelecem direitos definitivos e essas razões *prima facie*, que estabelecem direitos *prima facie*. Os princípios são razões para regras. As regras e princípios são razões para normas, e indiretamente razões para ações. Entretanto é diferente o caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever – ser. Na hipótese de conflito entre regras, a solução passa por duas vias: introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declaração de invalidade de uma das regras. Como não há predisposição quanto a regra que deverá ser nulificada, deve-se solucionar o problema por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou, ainda, a importância de cada regra em conflito. Na hipótese de colisão entre princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, um dos princípios terá que ceder, sem que deva ser declarado inválido ou seja introduzida cláusula de exceção. Fala-se em sopesamento dos princípios. (Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p.85-102).

⁶⁵ Gustavo Binbenojm, num quadro de constitucionalização do direito, após asseverar a força vinculante e o caráter normativo da principiologia constitucional, como elo de reaproximação das esferas do direito e da moral, refere-se ao neoconstitucionalismo como a força impulsionadora da revisitação de diversos conceitos, numa filtragem que colima sobretudo precaver conflitos com a Lei maior, potencializar os valores e objetivos nela consagrados. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.65).

⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

⁶⁷ Segundo os ensinamentos de Alexy, é importante também anotar uma diferença crucial entre valor e princípio, sendo de peculiar utilidade à clarear essa distinção a divisão dos conceitos práticos proposta por Von Wright,

Bem fixando, afirma Sarmiento⁶⁸ que os princípios ressurgem como as “portas abertas” que permitem a comunicação do Direito com o universo da ética, pois constituem expressão dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas. Encarnam, por outro lado, juridicamente, os ideais de justiça de uma comunidade, levando a uma leitura moral da Constituição, pois é através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação asséptica da Constituição.⁶⁹

Nessa simbiose entre o plano jurídico e moral, os valores morais acabam por migrar do mundo ético para o jurídico, materializando-se em princípios, que passam a ser valorizados e acolhidos explicita ou implicitamente na Constituição (fenômeno da constitucionalização), promovendo a transição de um modelo formal de Constituição para um material, no qual tem-se um repositório dos valores fundantes do Estado e da sociedade.

Essa constitucionalização principiológica faz com que a Constituição represente o conjunto de valores sobre os quais se constrói o pacto axiológico fundamental da interação humana, representando o ponto de convergência de validade (dimensão normativa), efetividade (dimensão fática) e legitimidade (dimensão valorativa) do sistema jurídico⁷⁰.

segundo a qual os conceitos práticos podem ser: deontológicos (seu conceito básico é de dever – ser ou dever), axiológicos (seu conceito básico é o de bom) e antropológicos (conceito básico de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação). Partindo dessa tripartição, pode-se dizer que princípios são mandamentos de otimização, e como tais pertencem ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico. Não são os objetos, mas os critérios de valoração que devem ser designados como valor. A valoração deve se basear em vários critérios de valoração, e a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. Assim, em regra, os critérios de valoração são passíveis de sopesamento, e seu contraponto são as regras de valoração (aplicáveis independente de sopesamento). Aos princípios correspondem os critérios de valoração e às regras as regras de valoração. Princípios e valores diferenciam-se, assim, em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo, devendo-se se dar preferência ao modelo de princípios, na concepção do autor, pois nele o caráter deontológico do direito (dever ser) se expressa claramente, e ele suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 145)

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2008, p. 58-59

⁶⁹ Sarmiento sintetiza as diferenças entre princípios e regras, a partir dos seguintes critérios: a) grau de abstração (princípio maior e regra menor); b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (regras são suscetíveis de aplicação direta e princípios carecem de mediações concretizadoras); c) caráter de fundamentalidade: os princípios são normas de papel fundamental no ordenamento jurídico; d) proximidade da ideia de direito: princípios são *standarts* juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça (DWORKIN) ou direito (LARENZ), enquanto as regras podem ser norma vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são fundamento das regras, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função monogenética fundante. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 61)

⁷⁰ A teoria moderna dos princípios faz com que os princípios tenham mais do que uma função meramente subsidiária e suplementar na ordem jurídica, como ocorria no positivismo, em que apareciam na condição de princípios gerais de Direito, isto é, de norma integradora do Direito, em caso de lacuna, sem lhes reconhecer o

Em razão da especificidade das normas constitucionais, consubstanciada, principalmente, em sua superioridade hierárquica e na natureza de sua linguagem, (caracterizada por uma maior abertura semântica), e tendo em vista a tendência do direito de diminuir as rupturas entre a lei e o fato social, bem como encurtar a distância entre a norma codificada e a realidade, as tradicionais regras de interpretação jurídica tornam-se insuficientes, justificando-se o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, pautada na concretização dos direitos fundamentais e na valorização dos princípios constitucionais.

Registre-se que, com sua flexibilidade, os princípios constitucionais permitem ao intérprete um guia que supere o legalismo estrito e busque nos valores consagrados no próprio sistema constitucional a solução mais justa para o caso concreto. Acolhem, assim, em seu núcleo essencial, um sentido e um alcance mínimo a serem observados pelo intérprete, permitindo, entretanto, a partir de sua maior generalidade ou indeterminação, uma maior liberdade de apreciação no momento da aplicação da norma.⁷¹

Nessa senda, Canaris já dizia que o sistema jurídico não é fechado, mas antes aberto, o que vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o sistema objetivo. Para o primeiro sistema, a abertura significa incompletude do conhecimento científico, e para o segundo, significa a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.⁷²

Assim, os princípios⁷³, no âmbito da nova hermenêutica constitucional, passam a ter uma dupla função: servir de ponto de partida para a interpretação da norma, auxiliando na revelação de seu conteúdo e de seus fins precípuos, e de limite à tarefa desempenhada pelo

caráter de norma jurídica, concepção esta presente ainda na LICC.

⁷¹ Segundo Barroso: “O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realiza-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão supra positiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.”(BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In:

BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35).

⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1996, p.281).

⁷³ Segundo Humberto Ávila, os princípios embora relacionados a valores, não se confundem com eles, pois encontram-se no plano deontológico e estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias a promoção gradual de um estado de coisas, ao passo que os valores estão no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. (AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80).

intérprete.

Calha aqui destacar a observação de Paulo Bonavides:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional ⁷⁴.

Na visão de Dworkin ⁷⁵, uma verdadeira democracia pressupõe a salvaguarda dos direitos fundamentais, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política. O autor refere-se à comunidade de princípios, na qual seus membros atuam como agentes morais e aceitam a sujeição ao governo por princípios comuns e não por regras forçadas em um compromisso político.

Desse modo, direitos fundamentais, na visão de Dworkin, são direitos morais, reconhecidos numa comunidade política (de princípios), onde se prima pela *equal protection*, isto é, igualdade de respeito e proteção aos integrantes. Esse ideal de igualdade é a característica fundamental do Estado de direito. Daí defender uma leitura moral da Constituição que coloque a moralidade política no coração do Direito Constitucional, de modo que o aplicador do direito assumira uma postura construtiva e proativa ao interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e dotado de integridade.

Mas, como se sabe, a ordem jurídica contém dois valores principais, de um lado, a segurança, previsibilidade e estabilidade das relações sociais, e, de outro, a justiça, ambos contribuindo direta ou indiretamente para o bem estar humano.

O equilíbrio eficiente entre essas duas funções é fundamental, pois um sistema que supervalorize a segurança pode desconectar-se da expectativa de justiça, e uma ordem jurídica

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 289.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Laws Empire*, London, Fontana, 1986, p. 211. Observe-se que Dworkin divide os princípios em sentido amplo em: princípios em sentido estrito e diretrizes políticas. Estas são *standarts* que estabelecem a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Aqueles tratam-se de exigências da justiça ou equidade (dimensão da moralidade). Fiel ao ideário liberal, Dworkin associa apenas os princípios em sentido estrito aos direitos fundamentais, afirmando que devem sempre prevalecer sobre as diretrizes, sem possibilidade de ponderação com estas. Alexy, diferentemente de Dworkin, é jurista do Estado Social e não adota a tese de impossibilidade de ponderação entre princípios e diretrizes políticas, até porque tal ideia acabaria amesquinhando os direitos sociais e econômicos, sempre dependentes de políticas públicas para a sua implementação, as quais podem importar em necessidade de restrições das liberdades individuais. Assim, na visão de Alexy podem ser ponderados os princípios que consagram direitos e os que protegem bens jurídicos da coletividade. Ademais Dworkin recorre a figura do juiz Hércules, onisciente e dotado de qualidades ideais, que busca sozinho a resposta correta para cada caso, reconstruindo o direito vigente com base nos princípios morais, os quais, pela sua abertura permitiriam uma atualização permanente da constituição. Para Alexy, é necessário estabelecer procedimentos racionais intersubjetivos para a procura da melhor resposta judicial nas questões constitucionais difíceis, permitindo um controle social sobre a argumentação jurídica dos magistrados, de modo a substituir na hermenêutica constitucional o monólogo pelo diálogo.

que despreze a segurança gera um ambiente de incerteza, que interfere negativamente nas relações sociais e desenvolvimento pessoal das pessoas.

No entanto, o equilíbrio do sistema jurídico demanda não apenas a adequação dessas figuras, sendo preciso que os operadores do direito deles façam o uso adequado e responsável.

Ponderando apropriadamente a necessidade dessa harmonia, Barcellos afirma que

quanto maior for a possibilidade autorizada pelo sistema, de realizar justiça no caso concreto, maior liberdade será conferida ao aplicador da norma, crescendo na mesma proporção o risco de arbítrio e a ameaça para a isonomia, já que mais facilmente se produzirão julgamentos desiguais para casos idênticos. Por outro lado, negar ao interprete qualquer espaço de adaptação ao caso pode inviabilizar sua atuação, em especial diante de realidades intensamente mutáveis como as contemporâneas, em que é simplesmente impossível regular as novas questões no mesmo ritmo em que elas surgem e são levadas ao judiciário⁷⁶

Assim, pode-se arrematar, dizendo que, através dos princípios, se vai operar o processo de constitucionalização do Direito Privado (embora se reconheça também a incidência das regras nessa seara), e conferir abertura à Constituição e ao ordenamento privado, que através deles vai receber os influxos de novos valores sociais, fecundando-se com ideais solidarísticos, sobretudo no campo contratual, e, no que importa mais especialmente ao presente trabalho, no campo das obrigações creditícias.

2.1.3.1 Princípio da dignidade como norma jurídica de direitos fundamentais e valor fundamental.

O respeito à dignidade da pessoa humana tem raízes culturais remotas, percebendo-se nos anais da história a sua correlação com uma posição social (antiguidade clássica), com a própria qualidade do ser humano (pensamento estoico), ou com a semelhança do homem a Deus (período medieval).⁷⁷

No período do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por processo de racionalização, mantendo-se a noção de igualdade dos

⁷⁶ Cf. BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.78

⁷⁷ Nesse sentido, Peter Haberle assevera que, embora o modelo do Estado Constitucional sofra variações nacionais, conforme as particularidades de cada cultura jurídica, e, portanto, de suas filosofias políticas, políticas públicas, experiências, utopias, as Constituições costumam contemplar, como um programa de obrigações constitucionais, a afirmação de uma dignidade humana como ideia antropológico-cultural e o conceito de democracia como consequência no plano organizacional das instituições político-sociais (HABERLE, Peter. *The constitutional state and its reform requirements*. Ratio juris. Oxford: Blackwell, v.13, n 1, 2000, p.82)

homens em dignidade e liberdade.

Entretanto, após a segunda guerra mundial, cujas barbáries contra o ser humano demonstraram a incongruência da metafísica jusnaturalista e do alheamento ético do positivismo jurídico, reacendeu-se o debate sobre o tema. As rupturas ocasionadas pelos regimes totalitários da Itália e da Alemanha, no momento de reconstrução, deram impulso à positivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto que, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vai afirmar que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Na mesma senda, as Constituições Alemã de 1949, Italiana de 1947, Portuguesa de 1976, e Espanhola de 1978 o positivam. Na França, reconheceu-se seu valor constitucional em 1994, embora não se o tenha agasalhado expressamente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, ganha fortes contornos como expressão das estimativas e finalidades a serem alçadas pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, numa perspectiva comunitária, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, e não meramente individualista, enquanto posição jurídica dos cidadãos perante o Estado, irradiando-se na totalidade do ordenamento positivo pátrio.⁷⁸

O sistema constitucional brasileiro foi contagiado pelos vetores libertários que buscaram a emancipação do ser humano, por meio do respeito à dignidade intrínseca, fundamento do imperativo categórico Kantiano⁷⁹, de ordem moral, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, gestada num contexto de redemocratização do país, após mais de

⁷⁸ Cf. SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139. A propósito, segundo Bruno Giancoli, ao longo da história, pode-se identificar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo. O individualismo é característico do liberalismo, e, segundo ele, cada homem cuida de seus interesses, só protegendo e realizando indiretamente os interesses coletivos. Nessa perspectiva, os direitos dos indivíduos são inatos e anteriores ao Estado, e, como tais, impostos contra o Estado, como limites à atividade estatal. No transpersonalismo, preponderam os valores coletivos, de modo que é realizando o bem coletivo que se salvaguardam os interesses individuais. A dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo, negando-se a pessoa humana como valor supremo. O personalismo nega o individualismo e o transpersonalismo e reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano de não ser prejudicado em sua existência. (GIANCOLI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p.104-106).

⁷⁹ Na concepção de Kant, existiriam na sociedade duas categorias: o preço, representando um valor exterior de mercado de cunho particular, e a dignidade, representando um valor moral, de interesse geral. As coisas, assim, teriam um preço, e as pessoas teriam dignidade. Entretanto, o valor moral se encontraria acima do valor de uma mercadoria, porque, ao contrário deste, não admitiria ser substituído por equivalente. Daí exsurgir a máxima kantiana de que o homem jamais pode ser transformado em meio para alcançar quaisquer fins. (Cf. FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107-108).

duas décadas de ditadura militar, como já havia ocorrido nas constituições susomencionadas.

Na Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, integrando a categoria de princípios normativos fundamentais e estruturantes⁸⁰, ao lado de outros cânones éticos e jurídicos (cidadania, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, princípio da separação dos poderes, princípio republicano, objetivos fundamentais da República, etc.), restando claro que é o Estado que existe em função da pessoa humana, já que a pessoa é a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.⁸¹

Erigido a princípio basilar da Constituição, passou a ser considerada núcleo essencial da Constituição formal e material, norma fundante de todo o sistema constitucional, orientadora dos direitos fundamentais individuais (art.5º), sociais (art.7º), de nacionalidade (arts.12 e 13), políticos (arts.14 e 17), difusos (arts. 215 e 225), encontrando-se, ainda, a ideia de dignidade da pessoa humana em outros dispositivos setoriais (arts. 170, 205, caput, 226, §7º, 227, caput, 230).

Hodiernamente, vive-se tempo de neoconstitucionalismo⁸², que moldura uma compreensão da constituição como norma fundamental, dotada de supremacia, que incorpora valores e opções políticas fundamentais, com eficácia expansiva, claramente associada à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem estar social, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários à garantir as condições da existência

⁸⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da Republica Portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p.52.

⁸¹ Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que “o Estado democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”.(CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.19)

⁸² Cunha Junior reconhece o neoconstitucionalismo como uma nova teoria jurídica, a justificar a mudança de paradigma do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito consolidando, consequentemente, a passagem da lei e do princípio da legalidade para a periferia do sistema jurídico e a centralização da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro do sistema, em face da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e carga valorativa intensa. Segundo o doutrinador baiano, portanto, a legalidade resta subordinada formal e materialmente à Constituição, de modo que não apenas a forma de produção legislativa está vinculada, mas devem ser respeitadas as proibições e obrigações de conteúdo, sejam correlatas aos direitos de liberdade, ou aos direitos sociais. No desenvolvimento do seu trabalho, refere-se às 7 condições apresentadas por Riccardo Guastini para a caracterização do fenômeno da constitucionalização: existência de Constituição rígida; garantia judicial da Constituição; sobreinterpretação da Constituição; aplicação direta das normas constitucionais; interpretação das leis conforme a Constituição; influencia da Constituição sobre as relações políticas. (CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.38-42)

mínima e digna das pessoas.⁸³

Como bem esclarece Barroso⁸⁴, o pensamento pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Num ambiente de reconstrução, se sedimentam as partículas afetas à reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, merece destaque, pois o homem, por sua existência ontológica no mundo, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, é a própria *ratio essendi* de um direito justo, a garantir tanto as necessidades materiais como as de preservação do espírito.

Dai afirmar Sarmiento⁸⁵ ser o princípio da dignidade da pessoa humana o mais importante da ordem jurídica, sobretudo porque unifica materialmente o sistema de direitos fundamentais, representando o epicentro axiológico da ordem constitucional, e devendo balizar os atos estatais e as relações privadas, dando a roupagem de “direito justo”.

É difícil obtermos uma monossignificação de dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, dada a sua porosidade e natureza polissêmica, sobretudo diante do pluralismo e diversidade de valores das sociedades democráticas contemporâneas, sendo mais fácil dizer o que a dignidade não é do que desvendar o que ela é.⁸⁶

Entretanto, mesmo reconhecendo sua condição de conceito jurídico aberto, que

⁸³ Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural [...] Daí se pôde pensar, como o fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem com indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano “ (MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 8)

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272-273.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 86

⁸⁶ José de Melo Alexandrino chega a dizer que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas a claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão direta do esforço despendido para o clarificar”. (ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: MENEZES CORDEIRO, Antonio; VASCONCELOS, Pedro Pais de; COSTA E SILVA, Paula. (coord.). *Estudos em honra ao professor Doutor Jose de Oliveira Ascensão*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 481).

reclama constante concretização e delimitação pela *práxis* constitucional, pode-se buscar uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e a construção de um referencial para a mencionada concretização.

Nessa senda, Sarlet afirma que “compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente”⁸⁷

Mas o mesmo doutrinador lembra que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece. No entanto, quando se cuida de aferir a existência de ofensas a dignidade, não há como prescindir de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e coibir violações.

À luz da Declaração Universal da ONU, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece centrar-se na autonomia (em sentido abstrato)⁸⁸ e no direito de autodeterminação da pessoa.

Dieter Grimm sustenta que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade, e ainda quando a autonomia lhe faltar, poderá ser considerado e respeitado pela sua condição humana.⁸⁹

Nessa linha de intelecção, Canotilho pontua que o princípio material subjacente à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se “no princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastēs et*

⁸⁷ Segundo esse doutrinador, até em relação aqueles que não se portem na forma digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.50-52.

⁸⁸ É considerada em sentido abstrato como a capacidade potencial do ser humano de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso concreto, até porque o absolutamente incapaz possui exatamente a mesma dignidade do ser humano mentalmente capaz. Dando respaldo a esse entendimento, vale registrar a doutrina de Dworkin no sentido de que é no valor intrínseco da vida humana de qualquer ser humano que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada(Cf. DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 307-309)

⁸⁹ GRIMM, Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60

factor)”⁹⁰

Como símbolo linguístico, não tem conteúdo fixo, mas acaba sendo objeto permanente de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada ser humano. A dignidade da pessoa humana é, assim, simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade geral, o que desvela uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional.

Capitaneado por esse raciocínio, Sarlet afirma que

[...] na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria portanto o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão como princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto.⁹¹

Não se pode negar que, para além de uma concepção ontológica da dignidade, importa considerar uma visão de carácter mais instrumental, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na “magistratura moral coletiva” - não restrita a ideia de autonomia individual - que parte do pressuposto da necessidade de promoção, reconhecimento e proteção dos direitos e liberdades do nosso tempo. Tem-se aqui uma dimensão coletiva da dignidade, no sentido de que a relação do sujeito com ele próprio depende da relação da pessoa com os seus semelhantes.⁹²

O fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana manifesta-se primeiramente no princípio da igualdade⁹³, que se traduz na necessidade de tratar igualmente os iguais e

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 p. 55-56

⁹² Para Maria Celina Bodin de Moraes o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados: a) sujeito moral (ético) reconhecendo a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; b) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica; c) dotado de vontade livre, de autodeterminação; d) integra o grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da dignidade humana. In: BODIN, Maria Celina (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.17)

⁹³ A propósito, Aronne assevera que função social e igualdade caminham juntas no redimensionamento plural de um sistema aberto. Segundo o doutrinador: “Para a correta compreensão do conteúdo material do princípio da função social, há de ser compreendido o princípio da igualdade. Cumpre dedicar algumas considerações, mesmo

desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade⁹⁴, porquanto o Direito se desenvolve porque os homens são desiguais e aspiram a igualdade, inclinando-se à felicidade e querendo ser cada vez mais eles mesmos.

A ideia de justiça exprime proporção e igualdade e é, assim, própria da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, traduz o valor fonte de todos os valores. Estes valores constituem o conteúdo próprio da justiça e uma vez traduzidos em preceitos incorporados à cultura, tornam-se universais. O que importa não é a definição de justiça (valor meio), mas seu processo experimental através do tempo, visando a realizar o valor da dignidade da pessoa humana (valor fim da ordem jurídica).⁹⁵

Nesse fluxo, Freire Soares destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade física e moral assegurado às pessoas por sua só existência no mundo, relacionando-se com a liberdade e valores do espírito, assim como com as condições materiais de subsistência. Para o doutrinador baiano, a busca de uma vida digna denota a superação da intolerância, discriminação, exclusão social, violência e incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, pensar e criar do ser humano⁹⁶.

À guisa dessas considerações, propõe Sarlet uma concepção aberta da dignidade da pessoa humana como sendo

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 à 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 corresponsável 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

que breves, a esta norma basilar do nosso regime jurídico. A igualdade, enquanto princípio, esta positivada ao longo de toda a nossa Constituição, permeando todo o seu conteúdo, de modo a permitir serem tecidas algumas considerações para que se possa vislumbrar a informação material do mesmo, que advém, densificando-se, ao Direito Civil, no transcorrer de sua ‘constitucionalização’. É muito difícil conceber uma definição exauriente do que seria o princípio da igualdade na ordem constitucional, tendo em vista tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, de per si, e positivado em forma de princípio, além de naturalmente indeterminado, ainda é aberto e móvel, passível de cambio em face dos valores que o informam, norteiam e da dimensão social sobre o qual incide, enquanto elemento da ordem positiva, inserida em um sistema jurídico que também é aberto” (ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199).

⁹⁴ Rui Barbosa traduziu magistralmente a noção de igualdade, na festejada oração aos moços: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: < www.culturabrasil.org.br >. Acesso: 19 jun. 2014)

⁹⁵ Cf. SOARES, Ricardo Mauricio. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana Constitucional*. Editora Saraiva, 2010, p. 130-131.

⁹⁶ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.140.

vida.⁹⁷

A normatização do princípio da dignidade da pessoa humana conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, agora dotados de coerção e imperatividade.

Segundo Canotilho, uma República baseada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. A dignidade significa o reconhecimento do *homo noumenon*, isto é, como limite e fundamento do domínio político da República.⁹⁸

Em detida incursão, Barroso⁹⁹ logra sintetizar a expressão do princípio da dignidade humana como um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade. Dele se extrai o sentido nuclear dos direitos fundamentais para tutela da liberdade, igualdade e promoção da justiça, incluindo-se a proteção ao mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral.

Diante da força normativa, de evidente superioridade axiológica e teleológica, esse vetor principiológico possui dúplice dimensão eficaz: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva corresponde ao status negativo, isto é, direito de resistir a intervenção estatal na esfera de sua liberdade individual, aparecendo no status positivo, que pressupõe a ação estatal para implementar uma condição mínima de subsistência aos seus cidadãos.

A dimensão objetiva, por sua vez, baseia-se na ideia de que os direitos fundamentais independem de seus titulares, apresentando-se como valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos. Ademais, a objetivação da dignidade da pessoa humana implica que os direitos fundamentais funcionem como critério de interpretação e conformação do direito infraconstitucional, escolhendo o operador do direito a opção que melhor se coadune com a afirmação de uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana pode ser apontada, assim, como critério aferidor da legitimidade substancial da ordem jurídico constitucional, na medida em que denota os fundamentos objetivos dessa ordem, com a razão de ser do próprio poder estatal. Nessa perspectiva, a dignidade não deixa de cumprir uma função política fundamental, atuando

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 70

⁹⁸ Idem, p. 225

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.275

como norte para o processo político e jurídico.

Nessa vereda, Sarlet acolhe a afirmação de que o conteúdo em dignidade da pessoa humana é variável sem que isso lhe retire, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando as possibilidades de abertura do catálogo constitucional dos direitos.¹⁰⁰

Calha aqui transcrever importante observação de Freire Soares:

A dignidade da pessoa humana oferece limites a autonomia da vontade. Isto porque a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a consequente transição do Estado – liberal para o Estado intervencionista – exigiram que a desigualdade sócio econômica entre os particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de ordem pública que garantissem o equilíbrio sócio econômico das relações privadas. E o que se verifica, por exemplo, com a tutela da hipossuficiência [...] ¹⁰¹

Os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência digna, o que, inclusive, tem servido à fundamentar um direito fundamental a um mínimo existencial.

Decerto, o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana vem associado não só ao núcleo elementar do mínimo existencial – enquanto conjunto de bens e utilidades básicas à subsistência física e indispensável à liberdade humana - como também a todo o conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁰²

Na condição de cláusula geral, funciona no interior do sistema jurídico como elemento de conexão entre as normas rígidas e a necessidade de mudança de conteúdo de certos valores para adaptação às novas exigências sociais, podendo-se dizer que é janela aberta para captar o trânsito da vida social, permitindo a constante solução e incorporação de novos problemas.

Abriga, assim, conceitos integradores de compreensão ética ou conceitos amortecedores (razoabilidade, interesse público, bem comum, solidariedade), abrindo-se margem ao trabalho do Juiz e da doutrina para transformá-los em determinados. Esse significado ético-jurídico da dignidade da pessoa humana compreende o rol aberto de direitos humanos fundamentais, abarcando valores que se contradizem e preponderam, a depender do momento histórico e das peculiaridades culturais de cada grupo social, tais como os

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 90

¹⁰¹ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p 142

¹⁰² *Ibid.*, p.142

relacionados aos direitos de primeira a quarta dimensão.

Segundo Sarlet¹⁰³, mais do que uma declaração de conteúdo ético e moral, ostenta a dignidade da pessoa humana um status jurídico formal e material de princípio constitucional fundamental¹⁰⁴, ou regra, conforme positivado pelo art. 1, inc.III, da Constituição Federal de 1988, e fundamento de posições jurídicas, isto é, norma definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais, encampando, assim, dupla função defensiva e prestacional.

Ainda segundo o autor, embora desse princípio se possa deduzir direitos fundamentais autônomos não especificados, não reconhece direito fundamental à dignidade, mas sim direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção da dignidade (direito a uma existência digna)¹⁰⁵.

Daí se dizer que, no plano hermenêutico, o princípio da dignidade da pessoa humana orienta a adequada interpretação e aplicação dos demais princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, a fim de que o intérprete escolha a opção hermenêutica que melhor tutele a existência digna no caso concreto, permitindo, portanto, a reconstrução semântica do modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, voltada à realização do direito justo, sobretudo ao oportunizar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o reconhecimento dos direitos sociais prestacionais como fundamentais, e a inadequação dos conceitos de reserva do possível no Direito brasileiro.

Aliás, não se pode negar o desafio que encampa o intérprete na atividade de delimitação do sentido e alcance da cláusula principiológica da dignidade da pessoa humana, à luz do caso concreto, tão indispensável à materialização dos direitos fundamentais e o exercício da cidadania.

É bastante ilustrativa a disposição de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da dignidade da pessoa humana como ponto de confluência da cláusula geral de tutela da pessoa humana:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas : do movimento, da distancia , da massa , do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.79-83.

¹⁰⁴ Registre-se que alguns doutrinadores preferem tratar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio geral de direito, dado o seu maior raio, a alcançar toda a ordem jurídica. A propósito, Jose Afonso da Silva, in *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de direito administrativo, vol. 212, 1998, p.89-94, enquadra-o como valor supremo e fundante de toda a ordem jurídica, social e política. Sarlet, entretanto, não identifica a incompatibilidade sugerida por José Afonso da Silva, reconhecendo no princípio simultaneamente faceta de princípio constitucional fundamental e princípio geral de direito (valor fundamental geral), sem que sejam excludentes entre si.

¹⁰⁵ SARLET, op.cit, p.84

um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância do vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar essa analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁶

Tratando-se a dignidade como o “coração do patrimônio jurídico moral da pessoa humana”¹⁰⁷, critério, pois, de justificação da fundamentalidade material de direitos positivados e de reconhecimento de direitos implícitos, é preciso que se conceda ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em toda a sua dimensão, a máxima eficácia e efetividade, ou, como tão sensivelmente percebeu Sarlet :

[...] que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas, e quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou pelo menos que venha a estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade.”¹⁰⁸

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, como referencial hermenêutico, que ilumina a visão de toda a normatividade do sistema jurídico contemporâneo, e, em especial, no que interessa mais diretamente ao presente trabalho, à integração das normas relativas às relações de consumo de crédito.

Nesse enlace ideológico hermenêutico, insta destacar a importância do diálogo das fontes, como instrumento de realização da justiça contratual.

2.1.4 A importância do diálogo das fontes no ordenamento jurídico brasileiro

No contexto de pós-modernidade, de desconfiança no direito como instrumento de solução e pacificação de conflitos, fragmentação e antinomia de ideias e valores, uso de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, e pluralidade de fontes, nasce a exigência de instrumentais hermenêuticos que ensejem a efetivação de um sistema jurídico eficiente e justo.

Como já observado, um dos principais sintomas da influência do paradigma pós-

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

¹⁰⁷ Expressão utilizada por Carmen Lucia Antunes Rocha. (Cf. ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n.4, 1999, p. 32.)

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 164

moderno no mundo jurídico é o que se tem chamado de “hipercomplexidade”¹⁰⁹, caracterizada pela multiplicidade de fontes jurídicas¹¹⁰, materiais e formais, a regular uma pluralidade de interesses sociais e grupos que buscam o reconhecimento de seus próprios valores e visões de mundo, ao invés de valores compartilhados.

Ademais, a própria natureza do constitucionalismo brasileiro conduz à absorção de instrumentais hermenêuticos que respeitem as diferenças e realizem a justiça sobretudo quando focada o seu perfil dirigente e a consequente admissão da primazia axiológica e da amplitude dos efeitos jurídicos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando que a noção de visão sistemática e funcional da ordem jurídica rejeita a contradição ou incompatibilidade entre normas, numa perspectiva mais humanista, propõe a teoria do diálogo das fontes¹¹¹ a superação do caráter absoluto da não contradição para o da complementariedade, admitindo-se a possibilidade de aplicação simultânea de normas, conforme a orientação constitucional.

Essa conformidade à Constituição e ao sistema de direitos e garantias fundamentais se obtém pela sua interpretação e aplicação ao caso concreto, e não pela interpretação do sentido da norma em abstrato, preservando o projeto constitucional.

Nessa linha, Canotilho¹¹² assevera que o princípio de unidade da Constituição, obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar, procurando solução que imprima menor restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto, em prol da otimização da tutela aos bens jurídicos protegidos.

Como se pode intuir, o diálogo das fontes surge como novo paradigma de interpretação e aplicação das normas jurídicas, instrumento de coordenação flexível e útil das mesmas, a fim de restaurar a coerência do sistema, reduzindo a sua complexidade, permitindo a realização de valores constitucionais e direitos fundamentais, e a conjugação de diversos microssistemas, com um olhar plural, à dar efeito útil a um grande número de normas.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, v.33, São Paulo: RT, 2000 p.123.

¹¹⁰ Segundo Claudia Lima Marques, os alemães denominaram esse fenômeno de “estilhaçamento” do direito.

¹¹¹ A expressão visionária é de Erik Jayme. (Cf JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration : le droit internationale privé post moderne*. Recueil des cours de l'Academie de Droit International de la Haye, Haye, Nijhoff, 1995, II, p.37 e ss.) A expressão, por si, já é autoexplicativa e semiótica, denotando o diálogo entre duas “leis” a coordenar um encontro, uma coerência que respeite e garanta os valores constitucionais e os direitos fundamentais, em um sistema de fontes plúrimas, que se quer eficiente e justo.

¹¹² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1097

Observe-se que a teoria do diálogo das fontes, ao tratar, em princípio, da coerência do direito posto, transcende o debate sobre as teorias positivistas do direito, podendo albergar não apenas leis postas, mas também normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais, reconhecendo a força dos princípios imanentes do sistema e da Constituição, sempre mirando a necessidade de conciliar e adaptar os valores sociais de dado momento e comunidade.¹¹³

Aqui vale lembrar a colocação de Perelman¹¹⁴, no sentido de que o direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conforme ao que lhe parece justo e razoável.

Nessa direção, não sendo mais as leis “castelos” estanques ou “feudos”¹¹⁵ de uma só lei, sob a ordem dos valores constitucionais, as leis que se pretendem aplicadas podem compartilhar finalidades, colimando um resultado justo e conforme aos anseios sociais e valores positivados na Constituição, sem reducionismos ultrapassados.

Essa nova visão reconhece as influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais e propõe diálogos de adaptação sistemática, de modo que os critérios clássicos de mono solução de antinomias (anterioridade, especialidade e hierarquia) devem sofrer uma releitura, para adequação à nova Teoria Geral do Direito, e às necessidades de solução das antinomias ou conflitos de normas, que não proponham necessariamente a exclusão de normas do sistema.

Nessa senda de intelecção, Ana Paula de Barcellos¹¹⁶ reconhece a não suficiência das técnicas tradicionais para superação das antinomias e assevera que a definição do próprio sentido e alcance dos enunciados em tensão depende de escolhas entre valores ou opções políticas em confronto, todos refletidos de forma mais ou menos intensa no sistema constitucional, a desafiar a utilização da ponderação, que acaba por conferir ao intérprete poderes especialmente amplos.

Também percebendo a insuficiência dos critérios clássicos de solução das antinomias

¹¹³ Cf. MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. In: *Diálogo das Fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Claudia Lima Marques (coord.). São Paulo: RT, 2012, p.24-25.

¹¹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238. Para esse autor, tendo o direito uma função social a realizar, não pode ser concebido sem levar em conta a sociedade que ele deve reger.

¹¹⁵ Expressões utilizadas por Claudia Lima Marques.

¹¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, 117-118.

(*lex posterior, lex speciali, lex superior*), que ensejavam a incompatibilidade absoluta, Bruno Miragem¹¹⁷ observa que a evolução jurídica recente, especialmente a partir do constitucionalismo e da força dos princípios jurídicos como mandados de otimização¹¹⁸, beneficia a coordenação e aplicação simultânea, a uma mesma situação jurídica, de diferentes fontes normativas. Ele observa, ainda, com propriedade, que o legislador não é onisciente quanto às diversas realidades afetadas pelas normas que produz, muito menos controla a eficácia da norma a situações atuais e futuras, ou sua eventual sobreposição em relação às matérias sobre as quais incidem outras normas.

Claudia Lima Marques¹¹⁹, atenta a essa situação, lembra que, na pós-modernidade, o campo de aplicação das normas em contradição é flexível, pois engloba interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais simples, e, ao mesmo tempo, é mutável, pois visa a acompanhar as criações da prática contratual, com a nova conexão dos contratos e vínculos, na sociedade de consumo.

Por essa razão, a mestre gaúcha afirma que a antinomia é tópica, mais aparente do que real, devendo o aplicador dar preferência a uma compatibilização das normas e aplicação simultânea das leis “em diálogo”, sob a luz da Constituição, com efeito útil às leis envolvidas, mas com eficácias distintas a cada norma em colisão, de forma a atingir o efeito social esperado.¹²⁰

Ainda com lastro na doutrina de Claudia Lima Marques, se propõe, e distingue, três formas de diálogos entre fontes normativas (leis ordinárias e especiais): a) sistemático de

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: Claudia Lima Marques (coord.). *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p.73.

¹¹⁸ “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros. 2011.p. 90.

¹¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.627

¹²⁰No entorno do efeito social esperado, calha pontuar que para John Rawls uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios. Neste caso, embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles contudo reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a sua associação segura. Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a persecução de outros fins. Pode-se imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada. (RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.5)

coerência; b) sistemático de complementariedade e subsidiariedade; c) diálogo de coordenação e adaptação sistemáticas ou diálogo das influências recíprocas sistemáticas.

O diálogo sistemático de coerência se aplica especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade, servindo uma lei de base conceitual para outra.

O diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade indica a complementação da *ratio* de uma lei por outra lei em situações de cláusula geral, em sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas.

O diálogo de coordenação e adaptação sistemáticas dá-se na hipótese de eventual redefinição do campo de aplicação de uma lei, a transposição de conquistas alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial.

Assim, numa reconstrução dos critérios clássicos, a nova hierarquia corresponde à coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos e fundamentais; a nova especialidade corresponde à ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; a nova anterioridade, partindo da necessidade de adaptar-se o sistema cada vez que surge nova lei, não vem mais do tempo da promulgação.¹²¹

Perceba-se que a própria expressão “diálogo das fontes” é semiótica e autoexplicativa, significando duas “lógicas”, a seguir e coordenar um encontro, uma coerência necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta nova ordem das fontes, na qual uma lei não mais simplesmente “fala”, excluindo a outra (ab-rogação, derrogação, revogação), mas ambas dialogam entre si, numa aplicação conjunta e harmoniosa, guiada pelos valores constitucionais e direitos fundamentais.¹²²

Essa busca ou valorização da harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico, concebido como sistema, configura a chamada “coerência derivada ou restaurada”, que aponta para uma eficiência não apenas hierárquica, mas também funcional do sistema jurídico inegavelmente plural e complexo, a precatar ou solver a antinomia, a incompatibilidade ou não coerência verificada no caso concreto.

Não é por outra razão que se diz que o diálogo das fontes possibilita uma visão

¹²¹Cf. Veja nesse sentido. MARQUES Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p.31

¹²² Ibid. p. 26

unitária e coerente do direito privado, conforme a Constituição, e eleva a visão do intérprete para o telos do conjunto sistemático de normas.¹²³

2.1.4.1 Aplicação do diálogo das fontes nas relações privadas civis e consumeristas

Em matéria de Direito do Consumidor, 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 a aplicação do próprio sistema constitucional, com prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos, como o pacto de São José da Costa Rica, considerados supraleais, concretizando o princípio *pro homine*.

O método tem encontrado terreno fértil em situações que se sujeitam, concomitantemente, a disposições contidas no Código Civil/2002 e no Código de Defesa do Consumidor. Os princípios dessas fontes normativas convergem, denotando que ambas visam a harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo ou especiais, não sendo mais apropriado falar-se em conflito de princípios entre essas duas leis, mas em conflito de normas (mesmo campo de aplicação das leis em determinado caso concreto) ou antinomias. A convergência de princípios é tida como um fator positivo ao diálogo ou coabitação das leis novas e antigas, no mesmo sistema jurídico.

Nessa perspectiva dialogal, Gustavo Tepedino sintetiza que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes, senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, como instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.¹²⁴

Flávio Tartuce¹²⁵, na mesma senda, assevera que a primeira tentativa de aplicação da tese do diálogo das fontes se dá com a aplicação concomitante do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil aos contratos, diante da aproximação principiológica entre os dois sistemas, consolidada pelos princípios sociais contratuais, sobretudo pela boa-fé objetiva

¹²³MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 728. A mesma doutrinadora observa que o método do diálogo evita a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de algumas das normas antinômicas, porquanto a aplicação coordenada e conjunta gera consequentemente a inexistência de lacunas, onde o direito pode ser complementado por leis e princípios, em conformidade com a Constituição, unificadora, portanto, dos valores do ordenamento jurídico.

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, Rio de Janeiro: Padua, 2005, p.02.

¹²⁵ TARTUCE, Flavio. A teoria geral dos contratos de adesão no código civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: . Claudia Lima Marques (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 208.

e função social do contrato.

Percebe-se que as duas fontes normativas possuem uma confluência de princípios e coincidência de muitas cláusulas gerais, e, por isso mesmo, o diálogo entre elas será mais fino, um diálogo das diferenças, e não de dominação, um diálogo de influências recíprocas, com respeito às suas diversas lógicas.

Entretantes, importa observar também que o Código de Defesa do Consumidor é um código para desiguais, diferentemente do Código Civil, que é um código para iguais. Essa premissa nos leva a concluir que o enunciado geral da igualdade exige que situações diferentes sejam tratadas diferentemente, de modo que chega-se à igualdade ao se considerar as diferenças. E o Código de Defesa do Consumidor é um instrumento de igualdade, de ação positiva do Estado legislador à direcionar a ação do Estado Juiz.

Aliás, a cultura pós-moderna, como um todo, valoriza o direito à diferença ou à igualdade e está baseada no discurso dos direitos humanos e fundamentais como resultado da política legislativa de tratar desigualmente os sujeitos vulneráveis da relação de consumo, ou os mais fracos. O direito à diferença, assim, é o direito à igualdade material e tópica, reconstruída por ações positivas do Estado em favor do sujeito vulnerável.

Daí afirmar-se correntemente que o diálogo presente é entre valores constitucionais, de proteção dos consumidores como sujeitos vulneráveis nas relações privadas, a ensejar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, humanizando o Direito Constitucional.

Saliente-se que a jurisprudência brasileira é pródiga em determinar diálogos de coerência orientada pelo mandamento de proteção dos consumidores, e, por isso, o método do diálogo das fontes não deve ser usado para retirar direitos do consumidor, somente podendo ser usado a seu favor, sob pena de transformar-se em analogia *in pejus*.

E assim é porque, sendo esse diálogo em direito privado iluminado pela Constituição, o resultado somente pode ser a favor do valor constitucional de proteção dos consumidores, conforme estabelecido no art. 5 XXXII, da Constituição Federal, inclusive como cláusula pétrea, pois, como dito, inversamente, a lógica da preponderância da lei menos favorável ao consumidor é monólogo da lei especial *in pejus*.¹²⁶

A propósito, esclarece Flávio Tartuce que a tendência mundial, seja nos países de modelo romano-germânico ou nos de tronco anglo-saxão, é no sentido de interpretar os

¹²⁶ Como esclarece Claudia Lima Marques, sendo o *leitmotiv*, através do método do diálogo das fontes os direitos humanos, só de pode beneficiar os consumidores, e não prejudica-los.

contratos em desfavor da parte que detém o poder de impor o conteúdo contratual.¹²⁷

Nesse rumo, Marco Fábio Morsello,¹²⁸ entende que, sob a ótica constitucional, a defesa do consumidor foi considerada direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que a existência de norma em antinomia com aquelas que tenham implementado a mencionada defesa, naturalmente, não poderá prevalecer, levando-se em conta a força normativa que promana da Constituição Federal, ensejando, pois, preponderância, inclusive, sob o critério hierárquico.

Segundo Claudia Lima Marques¹²⁹, a lei à regular a relação contratual dependerá tanto do tipo dessa relação jurídica (serviço, seguro, compra e venda, etc.), como dos atores presentes ou de presença coletiva possível. Nos dois primeiros casos, tratando-se de contratos civis puros ou empresariais puros, o Código Civil os regulará prioritariamente. No último caso, tratando-se de contrato de consumo, o Código de Defesa do Consumidor o regulará prioritariamente, e, só subsidiariamente, o Código Civil. Assim, a própria subsidiariedade é um diálogo de complementariedade, pois, até para saber qual das leis se aplica prioritariamente, aplicamos as duas leis conjuntamente para descobrir qual deverá ter aplicação subsidiária. Esse diálogo de complementariedade dá-se no tempo: primeiro esgota-se a aplicação de uma lei; depois, no que couber, aplica-se conjuntamente e subsidiariamente a outra.

No entanto, como já alinhavado alhures, a solução não advém de uma análise da situação fática concreta em cotejo com as normas incidentes. Desse conflito de normas, caberá ao operador do Direito identificar a finalidade e a essência do bem jurídico para formular, num processo simbiótico, a solução que o caso reclama, conforme as diretrizes constitucionais.

Pode-se dizer que, em uma relação jurídica em que coexistam normas consumeristas e normas civilistas incidindo, a princípio, com igual força, a melhor solução, a teor do que dispõem os arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, ambos da Constituição Federal, deve ser aquela que melhor represente as aspirações constitucionais, com prevalência da norma mais favorável ao consumidor, mesmo que esta norma esteja prevista, formal e circunstancialmente, no Código Civil ou em outros diplomas legais. Essa é a essência do

¹²⁷ Cf. TARTUCE, Flavio. A teoria geral dos contratos de adesão no código civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: Claudia Lima Marques (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

¹²⁸ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 402-403.

¹²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6e ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 718.

Diálogo das Fontes, ao propor a tutela eficaz e efetiva do bem jurídico, em simetria com os postulados constitucionais.

O operador do direito, diante de eventual antinomia aparente entre as normas dirigistas civilista e consumerista, deverá formular uma análise sistemática, finalística, contextual (e não apenas textual), e, conseqüentemente, um juízo de coordenação, encadeamento e complementariedade¹³⁰ entre as fontes normativas incidentes, conectando-as, a fim de fazê-las dialogar, extraindo a solução jurídica para a relação de consumo que melhor materializa a finalidade do bem jurídico, em desapego aos métodos clássicos de solução de conflitos.

Como elucida Cláudia Lima Marques Marques¹³¹, há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluído, mutável e complexo.

Ademais estilização de leis especiais atreladas a matérias consumeristas (mensalidades escolares, incorporações imobiliárias, atividades bancárias, transporte aéreo, consórcios, plano de saúde, serviços públicos, etc.) e que convivem com o Código de Defesa do Consumidor, conduzem à necessidade do diálogo proposto para legitimar uma solução concreta.

Cumpra registrar que o Diálogo das Fontes, no caso de relações de consumo, encontra previsão expressa para sua aplicação, conforme se infere do art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor¹³², verdadeira cláusula aberta, que reafirma a ideia de sistema no ordenamento jurídico, em que as fontes do Direito, notadamente as leis, não devem ser apreendidas e interpretadas literal e/ou isoladamente, mas, ao revés, devem refletir e materializar os fins sociais a que elas se dirigem, concretizando o *favor debilis*. Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do Código de Defesa do Consumidor, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma

¹³⁰ Confira-se, a título de exemplo da complementariedade, a ementa de julgado do TJSP, AgIn 0425038-03.2010.8.26.0000-SP, Acórdão 4904029, Des. Roberto Solimene, j. 14.01.2011.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

¹³² Dispõe o art. 7, do CDC: “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.”

preferência no trato da relação de consumo.¹³³

Pode-se exemplificar a influência do Código de Defesa do Consumidor no sistema geral do direito civil em três pontos cruciais afetos ao tema de desequilíbrio contratual: definição legal do contrato de adesão para contratações civis dessa natureza, já que há nelas uma certa vulnerabilidade do contratante aderente diante de situações de vantagem excessiva; aplicação do art. 51, §1º, e incisos, do Código de Defesa do Consumidor, como critério de interpretação para situações de vantagem exagerada; aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva às relações obrigacionais civis, numa demonstração do diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

A jurisprudência dos sodalícios pátrios, disseminadamente, tem adotado o método ora versado, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, em cujo acervo podemos localizar inúmeras e brilhantes decisões monocráticas e do colegiado de solução de conflitos e antinomias no Direito Privado, e, em especial, no Direito do Consumidor.

Assim, conforme coletado na jurisprudência interna, o diálogo das fontes tem se verificado em diversas situações: em matéria afeta ao respeito do princípio da informação nos contratos de saúde¹³⁴; em se tratando de consumidor idoso, com a aplicação conjunta do CDC, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e da Lei dos Planos de Saúde¹³⁵; nos casos de fornecimento de serviços bancários, como estabeleceu a ADIN 2591¹³⁶ e a súmula do STJ; para garantir ao consumidor com necessidades especiais a acessibilidade aos serviços sem constrangimentos¹³⁷; estabelecendo o fracionamento de hipotecas em benefício dos consumidores¹³⁸; proteção especial à criança como hipervulnerável¹³⁹; definindo a eficácia territorial de decisão proferida em ação coletiva¹⁴⁰; definindo que a legislação de incorporação imobiliária se aplica, ao lado do CDC, aos negócios relativos a compra e venda de imóvel durante a construção¹⁴¹; preenchendo lacunas referentes a prazo prescricional a favor

¹³³ Confira-se o voto da Min. Nancy Andrighi no RESP 782433-MG

¹³⁴ Confira-se o voto da Rel. Min. Nancy Andrighi, no RESP 531.281-SP

¹³⁵ Confira-se o voto da Rel. Min. Nancy Andrighi no RESP 989.380-RN

¹³⁶ Confira-se passagem do voto do Min Joaquim Barbosa na ADIN 2591: “Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se nos âmbitos normativos de diferentes leis.”

¹³⁷ Confira-se o voto da Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, na APC 70008009912, TJRS, j. 30.06.2004.

¹³⁸ Confira-se o voto da Rel. Min. Nancy Andrighi, RESP 691.738 – SC.

¹³⁹ Confira-se o voto da Rel. Ministra Nancy Andrighi no RESP 1037759-RJ.

¹⁴⁰ Confira-se o voto do Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho, no CComp 109435-PR.

¹⁴¹ Confira-se o voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, no RESP 80.036-SP.

*debilis*¹⁴²

No que tange ao superendividamento, é de valiosa aplicação o Enunciado n. 25, da Jornada de Direito Civil, organizada pelo STJ, em 2002, no sentido de que: ‘A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao Juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento legal dos contratantes.’

Outrossim, na hipótese de abuso de direito ou inserção de cláusulas abusivas que levem o consumidor ao superendividamento, deve-se primar pela conservação do contrato e seus efeitos, se isso for favorável à parte débil, de modo a proteger a boa-fé e a função social do contrato. Nesse sentido, também é de valiosa aplicação o enunciado 537, da V Jornada de Direito Civil, que estabelece: “A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela.”

Ainda calha à aplicação nas hipóteses do endividamento excessivo o enunciado 363, da IV Jornada de Direito Civil que dispõe: “ Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.”

A jurisprudência, assim, tem consolidado o uso do método do diálogo das fontes como caminho para assegurar a prevalência do princípio *pro homine* e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações privadas.¹⁴³

¹⁴² Conferir voto da Rel. Ministra Nancy Andrighi, no RESP 995.995-DF.

¹⁴³ Conferir os julgamentos proferidos nos: Resp. 969.129-MG; Resp. 821935-SE; Resp. 403155-SP; Resp. 1037759 – RJ; Resp. 347.752-SP

3 A RUPTURA DO DISCURSO INDIVIDUALISTA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO.

Na modernidade, numa visão patrimonialista, a propriedade era concebida como valor necessário da realização da pessoa, girando no seu entorno os demais interesses privados juridicamente tutelados, de modo que a pessoa humana figurava como sujeito abstraído de sua dimensão real.

No entanto, com o Estado social, e os fenômenos da repersonalização, funcionalização, solidarização e despatrimonialização das relações jurídicas, rompe-se a lógica individualista do ter, restaurando-se a primazia da pessoa humana, no encontro do homem concreto da sociedade contemporânea, que busca e promove um humanismo solidificado.

Tendo-se a Constituição como coração do ordenamento jurídico, e dos princípios éticos e normativos, a relação obrigacional patrimonial passa a ser ferramenta de atuação do valor constitucional da dignidade humana, ganhando a autonomia privada novos contornos funcionais, aptos a transformar a estrutura jurídica estanque, numa dimensão de equivalência material, fundado no princípio da solidariedade social, que enlaça os poderes públicos e cada um de seus membros.

Assim, como adiante será analisado, no encerro do Direito como fenômeno dinâmico, promocional de uma humanidade melhor destinada ao bem comum, o domínio sobre as coisas passa a não mais ser um fim em si mesmo, perpassando pela concepção de um patrimônio mínimo, que garanta a sobrevivência de cada pessoa, como suporte de realização da dignidade humana.

3.1 ELEMENTOS DA RUPTURA

3.1.1 Despatrimonialização

A expressão individua uma tendência normativa cultural de valorar-se a situação patrimonial como subordinada ao livre desenvolvimento da pessoa, ou como refere Perlingieri¹⁴⁴, de adequar-se os institutos patrimoniais do Direito Privado a uma nova jurisprudência atenta aos valores existenciais, rompendo-se com a lógica do ter, para substituí-la pela lógica

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.33.

do ser. Segundo esse doutrinador italiano:

Com isso não se projeta a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e a disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa¹⁴⁵

Perceba-se que, na modernidade, o sujeito era o homem abstrato, descartado de suas características concretas e de sua fisionomia no contexto das relações de que participava, estando submetido a um único ordenamento jurídico que considerava formalmente todos iguais. Nessa modernidade, em razão da forma de organização social, baseada na racionalidade econômica, a propriedade privada ocupava o lugar de centro da ordem social e a ordem social girava em torno da propriedade privada. É o que Pietro Barcellona¹⁴⁶ chamou de “princípio proprietário” ou “lógica proprietária”.

Como bem observa Cortiano¹⁴⁷, a sociedade moderna, além de uma sociedade atomizada, era essencialmente jurídica, onde o homem e a propriedade estavam reduzidos a puras formas jurídicas (sujeito de direito e mercadoria) e as relações sociais eram mercantilizadas. Desse modo, a propriedade não se constituía um direito da pessoa, mas um princípio da organização da sociedade marcada pelo signo do econômico, num cenário claro de individualismo proprietário, em que a qualidade do homem é dada não por suas experiências pessoais, mas pelo que possui e tem.

Entretanto, ao pretender permanecer intocado, o modelo proprietário esteve sujeito a rupturas, e uma delas pode ser identificada no reconhecimento de que a propriedade deve ser exercida funcionalmente em razão dos interesses da coletividade.

Essa ruptura vai coincidir com o ocaso do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social, a realizar os postulados da igualdade material, do reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata, e do princípio da solidariedade e intervenção do Estado na economia. Esses postulados ensejam uma nova realidade econômica, principalmente no que tange a distribuição de renda, assistência aos menos favorecidos e uso solidarístico dos bens, redesenhando, ao final, as relações entre Estado e

¹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.33.

¹⁴⁶ BARCELONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Napoli: Jovene, p.140.

¹⁴⁷ JUNIOR, Eroulth Cortiano. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.9.

sociedade.¹⁴⁸

Nesse novo cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana, estando no vértice axiológico do ordenamento jurídico, nutre e perpassa todos os direitos fundamentais como valor fonte fundamental do Direito, desempenhando papel essencial na revelação de novos direitos, e consagrando a primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais no Direito Privado.

Como fundamento da República, vai funcionalizar a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais definidos na Constituição, dando sentido à despatrimonialização do direito privado, a significar que os bens e direitos patrimoniais não constituem um fim em si mesmo, mas meios para a realização da pessoa humana.¹⁴⁹

A partir de então, a esfera econômica passa a ser conformada em função das exigências sociais e dos objetos políticos por ele definidos, definição esta que vem da pressão pela sociedade sobre o Estado. Descortina-se, desse modo, uma função social da propriedade exercida em face dos desprivilegiados, dos não proprietários, daqueles cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.

Embora tenha sido contestada na doutrina cristã e social, o funcionalismo proprietário é noção histórica, e está a indicar que a concepção de propriedade deve ser utilizada de forma solidarística, de tal modo que, como bem observa Cortiano¹⁵⁰, se pode sustentar que a função social é a razão mesma pela qual o direito de propriedade é atribuído a um certo sujeito.

Apropriadamente, Nalin, ao afirmar a autonomia contratual como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana com mínimo conteúdo patrimonial, leciona que despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato “encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre desenvolvimento, refundando-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa”.¹⁵¹

Estabiliza-se, portanto, a construção de uma socialização da teoria contratual, impondo-se uma nova concepção do contrato, uma concepção social, para a qual não só o

¹⁴⁸ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 109.

¹⁴⁹ Acerca da despatrimonialização, Eroulths Cortiano Junior sintetiza que “A despatrimonialização do direito constitui a subordinação teleológica das instituições e valores patrimoniais aos valores pessoais e não sua expulsão para fora do Direito Civil; aqueles são instrumentos para o desenvolvimento integral da pessoa. Entre o ser e o ter, prevalece o ser [...]” (CORTIANO JUNIOR. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas rupturas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p171/172).

¹⁵⁰ JUNIOR, Eroulths Cortiano. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

¹⁵¹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p.249.

momento da manifestação de vontade importa, mas também e, principalmente, os efeitos do contrato na sociedade, e a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas.

Na colocação visionária de Morin, o homem não aparece mais como causa eficiente do direito (sua origem), mas passa a ser a sua causa final (a razão do direito)¹⁵². Prestigia-se o intervencionismo estatal, destacando-se o papel da lei como limitadora e legitimadora da vontade, em prol dos interesses sociais, da função social, do novo paradigma da boa-fé objetiva e da confiança depositada no vínculo.

A ideia de condicionamento de um direito a uma finalidade, geralmente adstrita ao direito público, ingressa no direito privado e conforma o direito de propriedade e todos os direitos, de modo que a própria substância do direito proprietário resta afetada, constituindo-se no seu fundamento, na sua *ratio*.¹⁵³

Perceba-se que a função social não pode ser entendida de um único modo, já que a utilidade social de certos comportamentos e situações não pode ser medida ou colocada a *priori*, exigindo uma constante reconstrução por parte do aplicador. Ela remete sempre a uma visão real das relações em que incide o fenômeno proprietário, cujo direcionamento será feito a partir da normativa, e cujo objetivo é, sem dúvida, garantir a melhor e mais adequada utilização social da propriedade.

Como bem pondera Nalin,

a justiça só passa a ser social quando se permite ao sistema ser informado com valores como: a dignidade do homem, busca pela redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela dos hipossuficientes e vulneráveis, etc. Ao se cogitar em função social da propriedade se está, do ponto de vista da finalidade no instituto da propriedade, buscando reduzir a pobreza entre os brasileiros, e, em última análise, dignificando os favorecidos pela lei, haja vista que não existe dignidade sem um patrimônio mínimo. A dinamicidade do movimento social implica a dos seus próprios valores, pois que a sociedade exige do sistema jurídico uma plasticidade a qual, no mínimo, deve adaptar-se aos ventos da sua dinâmica.¹⁵⁴

É a partir de uma releitura do direito de propriedade à luz da dignidade da pessoa humana que Luis Edson Fachin¹⁵⁵ sustenta a noção de um estatuto jurídico constitucional do

¹⁵² Morin/La revolte, apud Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed. São Paulo: RT, p.211

¹⁵³ Orlando Gomes observa que a função social não se confunde com as limitações do direito de propriedade, pois estas atingem o exercício do direito de propriedade, ao passo que aquela afeta a própria substância do direito proprietário, constituindo-se na sua justificação. (GOMES, Orlando. A função social da propriedade. *Estudos em homenagem ao Professor Ferreira Correia*. Coimbra, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 2, 1989, p.432).

¹⁵⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

¹⁵⁵ Cf. FACHIN, Luis Edson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

patrimônio mínimo, que acaba guardando sentido com a ideia de mínimo existencial para uma vida com dignidade.

Hironaka, por sua vez, aproxima o aspecto coletivo do contrato ao princípio da igualdade, ao destacar o papel limitador exercido pelo princípio da função social sobre os institutos tradicionalmente individualistas, para conformá-los ao interesse coletivo, e de igualar os sujeitos de direito, de forma que a liberdade que a cada um deles caiba, seja igual para todos.¹⁵⁶

À guisa de remate, não se hesita em afirmar que a despatrimonialização vem a significar que o direito privado não é mais autorreferente e, portanto, não é individualístico, sobretudo porque a operacionalização da função social terá sempre como limite e impulso os valores elegidos como relevantes pela comunidade em seu pacto político.¹⁵⁷

3.1.2 Repersonalização

A repersonalização é fruto do processo de funcionalização antes tratado, a denotar que o “homem econômico”, cuja tutela assenta-se na Constituição de 1988, já não figura no vértice constitucional, ocupado atualmente pelo “homem existencial”, dado o compromisso social e existencial em seu conteúdo. Quer se dizer com isso que as relações jurídicas intersubjetivas terão legitimidade na medida em que tenham uma projeção útil (existencial) para o seu titular em si e para o coletivo.¹⁵⁸

Nas palavras de Fachin, a repersonalização “tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”.¹⁵⁹

A repersonalização do direito privado é, portanto, fruto da alteração paradigmática no Direito Civil, focado num antropocentrismo, que coloca o indivíduo como ser coletivo no

¹⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Novaes. *Função social do contrato*. São Paulo: Revista dos tribunais, n 630, p.248.

¹⁵⁷ Ainda segundo Nalin, a “funcionalização dos institutos da propriedade e, também do contrato surge, portanto, neste novo modelo de Estado de Direito, agora adjetivado como social, notadamente pela experiência europeia de Weimar, ao determinar o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, tornando-o mais solidário. O Estado de Direito Social congrega conquistas do Estado Liberal (Estado de Direito), igualdade e liberdade individual, com as do Estado Social, ou a superação da fração entre Estado e sociedade. O instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 217).

¹⁵⁸ NALIN, Op.cit, p. 244

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

centro dos interesses, num contexto de um sistema aberto e rente à vida, numa perspectiva de igualdade substancial.¹⁶⁰ É esta centralização do regime em torno do homem e dos seus interesses¹⁶¹ que faz do Direito Civil, nas palavras de Carvalho¹⁶², “o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.”

Tem-se, assim, o Direito como uma ordem de fundamento, a exigir um fundamento material, axiologicamente constituído, no qual o homem como pessoa é visto como fim último, e não só um meio, um objeto para a consecução de fins.

Numa dimensão ético-jurista, o reconhecimento do valor da pessoa humana implica na compreensão do relacionamento com o outro, de uma dialógica inter-relação, e através da reciprocidade das relações humanas se fomenta o reconhecimento das diferenças e também particularidades¹⁶³, afinal de contas, como já frisou Arthur Kaufmann¹⁶⁴ “as criaturas humanas só se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas (o que simultaneamente implica o reconhecimento, por parte delas, do direito).”

Recolocando-se o sujeito no cerne das relações jurídicas - numa proposta de superação do privatismo doméstico - verifica-se, a partir daí, a valoração ética dos comportamentos e a impossibilidade de se estabelecer uma disciplina jurídica fechada para essa valoração, o que, conseqüentemente, abre o Direito para a seara fluída da boa-fé, cujas conseqüências apresentam-se no contrato com a valorização do comportamento como a tutela da confiança.

Na esteira da lição de Cortiano¹⁶⁵, à repersonalização do direito, que dá outro sentido a noção de sujeito jurídico, importam as noções de despatrimonialização, pluralismo e solidariedade¹⁶⁶. A despatrimonialização reflete a tendência normativa cultural de dar maior

¹⁶⁰ A repersonalização coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a habitação minimamente digna, a defesa do património mínimo. Essa situação conduz também a uma certa despatrimonialização, que possui também um sentido de desmaterialização da riqueza.

¹⁶¹ Na concepção de Perlingieri, pode-se afirmar que o contexto pós-moderno, a tutela da personalidade é direcionada não apenas aos direitos individuais, mas aos direitos individuais sociais, entendidos como instrumentos para realizar uma comunidade, e que são dotados de uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu fundamento e pressuposto. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.465).

¹⁶² CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, v. 1, p.92.

¹⁶³ MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a personalização do Direito Civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.157-158.

¹⁶⁴ KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações*. Fundamentos de uma teoria do direito baseado na pessoa. Tradução Fernando Bronze. Coimbra: Policopiada, 1991, p.26

¹⁶⁵ CORTIANO, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 172-173.

¹⁶⁶ Fernando Rodrigues Martins pondera que, embora aos particulares cumpra observar o princípio da solidariedade, o vigor dessa solidariedade não os alcança com a mesma intensidade que admoesta o agir estatal,

prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais, como já restou assentado no presente trabalho. O pluralismo relaciona-se com a comunidade envolvida numa existência plural (humana, política e social) e convivência solidarística. A solidariedade é uma disposição ética do ser humano, a permitir o maior desenvolvimento de todos os homens e de cada um deles.

Perceba-se que a solidariedade não é mais apenas econômica, voltada para a eficiência do sistema e aumento da produtividade, mas passa a ter também fins políticos e sociais, exprimindo a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, sempre na diretiva do pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana. Captando essa guia mestra, afirma Perlingieri: “ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”¹⁶⁷.

Nesse encerro da repersonalização calha registrar que os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da dignidade social da pessoa, que pode ser entendida como instrumento que concede a todo cidadão o direito ao respeito inerente a qualidade de homem, bem como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo as correlatas posições.¹⁶⁸

Pois bem, voltando a atenção à tendência normativa cultural de subordinar as relações patrimoniais ao livre desenvolvimento da pessoa e realização de uma justiça substantiva, revela-se de fundamental importância a análise do fenômeno da constitucionalização do direito positivo, para o enfrentamento das conflituosidades contemporâneas.

3.2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Sem dúvida, as características do pensamento jurídico estão associadas com as condições sociais e econômicas do seu tempo.

Á época das revoluções oitocentistas, e suas codificações, especialmente o *Code Napoleon*, de 1804, o Código Austríaco (ABGB), de 1811, e o BGB (alemão), de 1896, o

sob pena de se deparar com o risco da “funcionalização” da pessoa, que é característica das sociedades planificadas. Nessa senda, lembra que os grandes equívocos teóricos e práticos das ideologias e dos regimes coletivistas do século XX, resultaram justamente da “funcionalização”, diluição e até mesmo eliminação do indivíduo em favor do Estado e da coletividade social, o que é incompatível com o sentido e finalidade do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais da liberdade. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.)

¹⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

¹⁶⁸ Segundo Perlingieri “[...] a igual dignidade social impõe ao Estado atuar contra situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que excluem alguns sujeitos do tratamento social 9...” reservado a generalidade. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 463).

Estado Liberal reservou às mesmas a disciplina da ordem econômica e social, restando às Constituições a regulação da ordem jurídica estatal. Nesse momento, a constituição carecia de vínculos materiais com o Direito Privado, não encontrando a intervenção do poder executivo nos direitos fundamentais autorização de lei, de modo que o Código Civil fluía como Constituição do ideário liberal, o Estatuto dos Cidadãos, que congregava seus direitos fundamentais, com nítida autenticidade superior à Constituição.

Nessa moldura conformada de constitucionalismo moderno, os direitos fundamentais enclausurados no plano político, não venciam os limites separatistas entre Estado e sociedade, a fim de projetar eficácia na esfera privada, mas figuravam somente com efeitos nas relações entre Estado e cidadão.¹⁶⁹

Entrementes, no sec. XX, com o *Welfare state*, e a consciência por uma humanização, inverte-se essa ideia¹⁷⁰, rompe-se com a face monógena do Código Civil¹⁷¹, e um novo paradigma de Constituição exsurge, com a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, que passa a alçar os direitos sociais, os quais exigem do Estado uma intervenção na sociedade sob a forma de prestações positivas, e, na economia, limitando a liberdade individual.

Mirando a igualdade material, leis esparsas afluem no cenário jurídico, fomentando a

¹⁶⁹ Segundo Eroulths Cortiano, a sistematização do direito, iniciada na recepção do direito romano, é trabalhada pelo racionalismo e vai encontrar seu ápice na pandectística alemã. O racionalismo e seu conhecimento conceitual e dedutivo vai estender-se, por força do iluminismo, a todos os ramos do conhecimento humano, inclusive do direito, em que o sistema será modelo hierárquico e axiomático, do qual decorre a validade das normas. Cada problema jurídico deve encontrar uma resposta certa, que ira decorrer de um silogismo. Tem-se aí um direito certo, imutável, seguro e meta-jurídico. Dogma e sistema marcam o direito da modernidade e transparecem na concepção de Código, que representa o direito unificado, coerente e hierárquico. Tem-se, enfim, um sistema fechado à práxis social. (CORTIANO, Eroulths. O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 60-67).

¹⁷⁰ Conforme explana Barroso, as novas ideias vão se sedimentar na teoria crítica do direito, cujas teses alcançam: a) admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da benção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder; b) resistência a ideia de completude, auto - suficiência e pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Renovar. 3.ed. 2008, p.14.)

¹⁷¹ Segundo Caenegem: “O argumento principal contra a codificação é sua imobilidade. Essa crítica foi feita por Savigny, fundador da Escola Histórica Um código corresponde ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado. O texto estabelecido pode, no máximo, ser objeto de interpretação. De acordo com a Escola Histórica, o direito é o resultado da evolução histórica dos povos e deve adaptar-se a essa evolução. O congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente [...]” (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19.).

era da descodificação, e, por conseguinte, destituindo o código do protagonismo da vida privada, em favor de uma regulamentação estatutária, que acaba por introduzir novos princípios na sociedade, com força normativa. Nesse túnel, passa-se de um monossistema para um polissistema, cujos microssistemas delineiam um cenário fragmentado no direito privado.

Os principais institutos do direito civil - propriedade, família e contrato - migram para a Constituição, em manifestação de oposição ao despotismo econômico liberal, ante a preocupação do pós-constitucionalismo do século XX com a eliminação das desigualdades econômicas, diferentemente do que ocorrera com o constitucionalismo liberal, o qual identificava-se com o processo de ruptura do Estado Absolutista e a edificação de um Estado de Direito, em favor da eliminação das desigualdades jurídicas.

A Constituição torna-se fonte suprema do ordenamento jurídico e passa a regular as relações entre particulares, perdendo o Código Civil o seu status de Constituição do Direito Privado, para se submeter à hierarquia das normas constitucionais¹⁷², dentre elas os princípios constitucionais, cuja normatividade tem eficácia imediata no tecido infraconstitucional, esvaziando de sentido a dicotomia clássica entre o público e o privado.

A aplicação direta da Constituição no Direito Privado acaba se reconduzindo à questão da separação dos poderes e o papel do legislativo e judiciário na interpretação constitucional. Partindo do pressuposto de que não se pode limitar a incidência direta da Constituição sobre as relações privadas, pode-se reputar inequívoca a compreensão de que o advento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios ampliaram o espaço de atuação do judiciário na concretização da jurisdição, impondo-lhe a assunção de uma posição mais ativa, em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, diante do eventual arbítrio ou descaso das maiorias parlamentares.

Se é certo que a Constituição converteu-se no cento de gravidade do direito privado, não menos certo é que ela não pretende disciplinar exaustivamente as condutas humanas,

¹⁷² Para Perlingieri “O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão a normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento jurídico. A normatividade constitui caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-se, mas também o dever-fazer esta presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.205-206.)

ficando preservado o espaço de deliberação das instâncias democráticas da sociedade, que constitui garantia da autonomia pública do cidadão. Assim, o que se deve fazer é estimular a aplicação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas como meio de afirmação da Constituição Federal e humanização do Direito privado.

Esse desencadear a força normativa da Constituição, projetando-a sobre todos os setores da vida humana, e do ordenamento jurídico, torna-se essencial para quem se preocupe com a promoção de uma justiça substantiva, assumindo a força da Constituição instrumento de emancipação social.

Como bem posiciona Sarmiento¹⁷³, a efetividade das normas constitucionais dá credibilidade à Constituição, pois quando o texto constitucional acena no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas sem nenhuma eficácia social, cria-se um abismo entre o mundo do dever ser e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma. Ademais, lembra que as Constituições também desempenham uma função simbólica, além de normativa, pois condensam valores que devem gerar unidade e coesão social e que servem de pauta para os movimentos sociais que reivindicam a sua¹⁷⁴ efetivação.

É nesse fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil¹⁷⁵ que se traduz o projeto político global de uma sociedade, que inspira e espira, sobretudo, um significado axiológico, afastando-se a tutela setORIZADA da pessoa, confinada ao direito privado, em favor de uma regulamentação expressa na cláusula geral de tutela da pessoa, com o protagonismo da

¹⁷³SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 52-54. Ainda na abordagem desse autor, para ter força normativa, a Constituição: a) não pode se desvincular dos seus condicionamentos materiais, nem ignorar as leis espirituais, sociais e econômicas da sua época; b) o ingrediente essencial da sua força normativa é a “vontade de constituição”, o que significa dizer que deve haver o anseio de realização concreta da constituição, com a mobilização da sociedade nesse sentido (quanto maior a vontade da constituição, menores os limites que a realidade social poderá lhe impor).

¹⁷⁴ Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre “força normativa da constituição”, opondo-se tanto ao normativismo kelsiano (isolou a constituição da realidade social) como ao sociologismo de Lassale (equiparava a constituição a um mero pedaço de papel; desprezou as dimensões normativas do fenômeno constitucional). Para ele, a constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente. Outrossim, a realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica é um ser humano, mas essa Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira a ordenar o fato social e influir sobre ele, não se contentando em ser um mero espelho de poder. Vale a pena conferir suas ideias em seu livro *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

¹⁷⁵ Tem se chamado neoconstitucionalismo essa nova concepção da Constituição, desenvolvida na Europa a partir do segundo pós-guerra, que envolve a expansão das suas tarefas, o reconhecimento de sua força normativa, o fortalecimento do papel da jurisdição constitucional e a penetração dos seus princípios e valores por todos os ramos do ordenamento, colimando fecundar o direito positivo com os ideias humanitários presentes nas constituições contemporâneas.

Constituição, coração do ordenamento jurídico, e dos princípios éticos e normativos.¹⁷⁶

Essa ótica humanista é que vai direcionar o conhecimento, que, longe do processo dedutivo e indutivo, passa a resultar de valorações, considerados os influxos do tempo e espaço (dimensão histórico-cultural), de que se apercebeu o tridimensionalismo jurídico, ao conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento concreto do direito justo.

Tem-se, assim, na imagem dinâmica da contemporaneidade, um homem consciente da sua fragilidade e da igual fragilidade da humanidade, o que leva ao rechaço do individualismo oitocentista, e a busca de uma ordem de valores, que proteja as pessoas e conserve a condição humana em sua plenitude.¹⁷⁷

Nessa trilha, não é demais colher o escólio de Sarmiento¹⁷⁸ quando dispõe que a Constitucionalização do Direito envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos, partindo-se da premissa de que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas.¹⁷⁹

A propósito, Lenio Streck, ao denominar o fenômeno de “surgência constitucionalizante”, afirma que

é preciso entender que nenhum dispositivo, nenhuma disciplina, enfim, nada que

¹⁷⁶ Vale lembrar as palavras de Paulo Lôbo: “Na atualidade não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes, havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve uma dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 36, n 141, p. 100).

¹⁷⁷ SCHEIREBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.46.

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p.203.

¹⁷⁹ Como diz Bruno Miragem: “A incorporação pela Constituição da República de relações jurídicas antes determinadas pelo direito civil, faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos destas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de status, passando a se caracterizar como direitos subjetivos de matriz constitucional. E esta alteração, antes e significar mero artifício dogmático, tem consequências concretas na tutela dos respectivos direitos. No mínimo, estabelecendo-os como preferências em relação a outros direitos de matriz constitucional. No máximo, determinando providências concretas para sua realização”. (MIRAGEM, BRUNO. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p.34-35)

tenha relação com o Direito, pode ser compreendido fora da Constituição. Quando olho um texto já me vem filtrado a partir da ideia que tenho da Constituição, isto é, minha interpretação está condicionada pela minha pré-compreensão que tenho acerca da Constituição, do constitucionalismo, da teoria do Estado, da sociedade, etc. Desse modo, meus pré-juízos estarão “constitucionalizados” ou não, na medida em que posso estar mergulhado na “baixa constitucionalidade”! [...]É preciso, dizer o óbvio : a Constituição constitui (no sentido fenomenológico – hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Afinal, como bem assinala Miguel Angel Pérez, uma constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico.¹⁸⁰

Ainda que autores respeitados, como Konrad Hesse¹⁸¹, elaborem uma série de críticas à metodologia civil-constitucional, a começar pelos argumentos de incerteza e insegurança jurídicas, dada a “vagueza semântica”¹⁸² dos princípios, passando pela trivialização da jurisdição constitucional, e pelo esvaziamento do processo democrático inerente à função legislativa (substituindo-o pela função jurisdicional), a aplicação direta dos princípios constitucionais realiza a função promocional do Direito, reforçando e garantindo a consecução das mudanças necessárias à transformação do *status quo*¹⁸³, sobretudo em razão de sua textura aberta, balanceada por ponderações fundadas na equidade.

Numa perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito, a ideia de abertura do sistema jurídico¹⁸⁴ se comunica com a Constituição, e traduz a sua permeabilidade a elementos externos, dado o amplo plexo de possibilidades apresentáveis pelo mundo real.¹⁸⁵

¹⁸⁰ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.357-358.

¹⁸¹ HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutierrez, Madrid: Civitas, 1995.

¹⁸² A expressão é utilizada por Judith Martins Costa, ao tratar da boa-fé no direito privado, reportando-se a obra de Claudio Luzzatti (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 306).

¹⁸³ Cf. NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.87/88.

¹⁸⁴ A propósito, vale rememorar o posicionamento de Canaris, segundo o qual o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Para ele, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir do princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização, como os valores mais elevados. E todos esses postulados podem ser melhor realizados através de um Direito adequadamente ordenado em um sistema, iluminado por princípios, e distante de um quadro em que se vislumbre uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de fato, imediatamente, na ideia de Direito, como conjunto dos valores jurídicos mais elevados. (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.14/23).

¹⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. In: Luís Roberto Barroso (Coord.). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

E é nesse contexto de constitucionalização que ganham robustez os fenômenos da repersonalização, funcionalização, solidarização e despatrimonialização das relações jurídicas, rompendo-se a lógica individualista do ter, e substituindo-a, ou mitigando-a, pela do ser, de modo que a relação obrigacional patrimonial acaba por ser ferramenta de atuação do valor constitucional da dignidade humana. Enfim, nas palavras de Nalin¹⁸⁶, refunda-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa.

Trata-se de um novo paradigma pós-positivista, no qual, deve-se frisar, os princípios são instrumental metodológico importante, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar laços éticos entre direito e moralidade, ou seja, o uso adequado dos princípios como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito encontram-se na linha da materialização de um direito justo, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes da justiça.

Diante da construção desse modelo civil constitucional, em tempos pós-modernos, que privilegiam a natureza normativa de princípios constitucionais, a unidade¹⁸⁷ do ordenamento, e a interpretação não formalista, resulta imperativo um novo olhar sobre os institutos clássicos do Direito Civil, especialmente o contrato.

A partir dessa visão ativa do ordenamento jurídico, tendo o Direito como instrumento de combate aos males da sociedade, através da imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações sociais, e, portanto, de realização da justiça e da inclusão sociais, importa destacar os novos paradigmas constitucionais para o enfrentamento das conflituosidades contemporâneas.

3.2.1 Novos paradigmas constitucionais

3.2.1.1 Solidarização

O paradigma solidarista é fruto da reação às trágicas experiências vividas nos regimes autoritários ao longo da segunda guerra mundial.

¹⁸⁶NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p.249.

¹⁸⁷ Na sua abordagem sobre os sistemas, dispõe Larenz que a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais, pressupondo-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão, de fato, entre si numa tal conexão de sentido, ou seja, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou noutros fatores mais ou menos causais (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 694/695.)

Nesse sentido, calha destacar o contributo da posição intelectual de Maria Celina Bodin de Moraes:

De fato, uma parcela relevante do que acontece em nossos dias teve origem nos efeitos da criação e da assimilação do conceito de “humanidade”, elaborado para dar respostas aos crimes praticados no período de 1933 a 1945, pelo regime nazifascista. Foi a noção de “crime contra a humanidade”, até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica. Posteriormente, a utilização do conceito foi ampliada, inspirando também a proteção de “um patrimônio comum da humanidade”, desta feita contra a exploração desordenada dos recursos naturais. Na expressão de um civilista francês, a humanidade se apresenta como o conceito jurídico adequado para combater todas as formas de barbárie moderna, originadas pelo Estado ou pela tecnocracia”¹⁸⁸

Verifica-se, portanto, que, nas Constituições pós-guerra, o valor fundamental passou a ser a pessoa humana e sua dignidade intrínseca, restando desmaiada a vontade individual.

No Brasil não foi diferente. O constituinte de 1988, estabelecendo como princípio a solidariedade, no art. 3º, conclamou os poderes a uma atuação promocional, para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalizados, e voltada à redução das desigualdades sociais e regionais.

Os valores sociais passam a fundar a igualdade de direitos, irrigada pela solidariedade social¹⁸⁹, que servirá de base à igualdade substancial e à justiça contratual.

Iluminadas por esses vetores, as relações contratuais não mais tem como função precípua a circulação de riquezas, embora, é claro, não se anule essa função econômica circulatória.

As riquezas são movimentadas por relações jurídicas subjetivas de crédito, havendo por parte de seus titulares interesses econômicos não vedados pelo ordenamento jurídico, e até regulamentado pelo mesmo, como ocorre com os juros remuneratórios¹⁹⁰. O que não pode prevalecer, entretanto, é seu fim meramente econômico, pois isso frustra o desejo

¹⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 135.

¹⁸⁹ Calha registrar a posição de Paulo Nalin, segundo o qual “até por ser metajurídica, a primeira noção de solidariedade que se apresenta à análise é a religiosa, oriunda da fé cristã e que indica o caminho da caridade, assentado em dever moral de conduta. No próprio código civil, é bem verdade, torna-se possível identificar um espírito solidário, por conta de institutos contratuais que estão imbuídos de um certo favorecimento a outrem. É o caso da doação, especialmente, mas não exclusivamente, na sua modalidade pura[...] Outro exemplo é o do seguro de vida[...]” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Jurua, 2008, p174.)

¹⁹⁰ Art. 591, do CC/02. Aqui vale referir a opinião de Nalin, no sentido de que o sistema de juros inserido no CC/002 não cumpre o regramento constitucional de tutela do homem, pois permite a capitalização dos juros, o que é vedado pelo Dec. 22626/33, e acaba por remeter a juros superiores a 12%, ante a revogação do art. 192, §3º, da CF. (Cf. NALIN, Paulo. Op.cit.p.242).

constitucional da livre iniciativa vinculada ao projeto de justiça social. A propósito, o art. 170, da CF só atribui legalidade à livre iniciativa se voltada a assegurar a digna existência de todos, e em conformidade com a justiça social.¹⁹¹

Essa solidariedade¹⁹² exsurge como o filtro da autonomia privada identificada na relação jurídica, de que se deve valer a hermenêutica sistemática civil-constitucional para imprimir os deveres em prol da dignidade da pessoa humana, até porque a base da própria ética está correlacionada ao senso de responsabilidade mútua.

A diferença fundamental entre o pensamento liberal-individualista e a nova racionalidade, num encerro contemporâneo de pluralismo social e democracia, está em qual sentido proteger a dignidade da pessoa humana. Ou seja, antes protegia-se a dignidade do homem frente ao Estado, sem se exigir dos indivíduos a proteção mútua às suas dignidades, ao passo que, na contemporaneidade, a despersonalização das relações sociais, a perda da generalizada identidade, as graves desigualdades decorrentes da atuação individualista, a expansão dos riscos sociais, dentre outros fatores, levam a um sentimento disseminado de solidariedade, de proteção mútua, de pensar um no outro, de um tipo de dignidade social, como dignidade de cada indivíduo em face dos demais.¹⁹³

Sob essa lente solidária, Schreiber assevera¹⁹⁴:

A solidariedade surge como valor chave para a leitura e compreensão da nova racionalidade e origem inspiradora de ações que já vem logrando alterar a realidade social no início do século XXI. É essa solidariedade condicionada ao desenvolvimento da dignidade humana, e informadora deste mesmo conceito que parece ser – mais que a própria alusão à dignidade humana - o diferencial entre pensamento moderno e o pensamento contemporâneo. E a incorporação desta solidariedade pelo direito, como princípio jurídico - e, portanto, como norma - diretamente aplicável às relações privadas é, sem dúvida, uma alentadora novidade.

À margem da escolha ideológica que se faça, a adequada descrição da solidariedade deve voltar-se à verticalização dos interesses do homem, para ceifar desigualdades subjetivas e regionais, num cenário em que estarão permanentemente indissociáveis a solidariedade e a igualdade, na conformidade da dignificação do homem (art.1º, III, CF), erradicação da

¹⁹¹ Cf. BRASILEIRO, Roxana. Reconstrução do Conceito de Contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual* : Temas Atuais. Ed. Método. São Paulo: 2008, p.19-40)

¹⁹² Segundo Caenegem “A sobrevivência do homem depende de sua inserção num grupo social que o protege e cujos membros defendem uns aos outros, dando suas contribuições individuais ao grupo (...)” (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.259).

¹⁹³ SCHEREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p 48-49.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 51-52.

pobreza, diminuição das diferenças sociais (art. 3º, III, CF), conforme solidificação normativa no texto constitucional.¹⁹⁵

Segundo Cortiano Junior, a solidariedade¹⁹⁶ traz consigo a imagem do homem coletivo, inserido numa comunidade viva e integrada, traduzindo, sobretudo, uma disposição ética do ser humano, encartada como atitude social capaz de permitir o maior desenvolvimento de todos os homens.¹⁹⁷

Nessa linha, como bem expressa Perlingieri¹⁹⁸, “a solidariedade exprime a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos.” Esse mesmo autor define a noção de dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes, de modo a relacionar o conceito de dignidade à noção de solidariedade, que só pode ser entendida como instrumento e resultado da dignidade humana.¹⁹⁹

Paulo Lôbo²⁰⁰, por sua vez, encetando a relação obrigacional como relação de cooperação, dispõe que a atuação do princípio da solidariedade implica adimplemento pelas partes dos deveres inderrogáveis de solidariedade, e não somente no âmbito de uma relação interindividual.

De qualquer lado, na jurisdicizada sociedade contemporânea, observa-se que disseminar a solidariedade é tão importante quanto promover a dignidade na fundação da arquitetura contemporânea²⁰¹, sobretudo porque exprime a igualdade e cooperação na afirmação dos direitos fundamentais.

¹⁹⁵ NALIN, Paulo. Do contrato: *Conceito Pós- moderno. Pensamento Jurídico*. Vol.II., 1 a edição. 2002. Ed. Jurúa, p. 177.

¹⁹⁶ Essa solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária, pois dirige-se ao desenvolvimento da personalidade de todas as pessoas, entre todas as pessoas, e não do grupo, não se confundindo, assim, nem com o coletivismo, nem com o individualismo. (SCHEREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p.50).

¹⁹⁷ JUNIOR, Eroulth Cortiano. *O discurso jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.173.

¹⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Ricco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

¹⁹⁹ Id. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.37.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luis Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101.

²⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direitos da obrigações: o caráter de permanência de seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *Novo Código Civil : interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.53.

A ideia de responsabilidade mútua induz à criação de uma sociedade repleta de liberdade e justiça social, que passa a considerar a solidariedade social não como uma resultante de ações caridosas, mas como princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um.²⁰²

Na relação obrigacional equilibrada, afasta-se, por conseguinte, a prevalência dos interesses do mais forte, equalizando o exercício da autonomia privada, e revelando a preocupação quanto aos reflexos sociais pelo uso dos bens disponíveis em detrimento dos interesses individualistas dos contratantes.

Esse paradigma ético solidarista conduz ao diálogo e à convergência dos interesses dos parceiros negociais e insere uma forma de olhar atentamente com solidariedade a parte vulnerável da relação jurídica, sobrepondo-se esse olhar a considerações de ordem econômica, permitindo-se, assim, ultrapassar juízos lastreados na reprovação da conduta lesiva, e optando-se por fatores objetivos de imputação do dever de reparar, numa clara evidencia de força para afastar a culpa como pressuposto do dever de reparar.²⁰³

Com propriedade, Paulo Nalin²⁰⁴ aproxima o conteúdo ético da solidariedade ao princípio da boa-fé contratual, por meio de uma interpretação sistemática civil constitucional, que imprime os deveres de solidariedade em prol da dignidade da pessoa humana. Segundo expressa, a solidariedade deriva da boa-fé objetiva e é cânone interpretativo geral do

²⁰² Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 138.

²⁰³ O apelo ao pensamento tópico é fundamental na análise aproximativa da dos valores sociais que informam o direito. E para compreender esse pensamento, calha lembrar Karl Larenz, pra quem “ É missão dos tribunais decidir de modo “justo” os conflitos trazidos perante si e , se a “aplicação” das leis, por via do procedimento de subsunção , não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos “dados materiais” desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal . Esse processo apresentar- se-á como um “tratamento circular” , que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista - tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica - que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes.[...] Os tópicos são pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias , com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro . Empregam-se para pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar. Mas enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicomprensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema .enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicomprensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema. (In: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.201/202).

²⁰⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 179.

ordenamento privado, que reconhece na solidariedade o declínio da interpretação meramente positivista e o reconhecimento de valores metajurídicos.

De fato, a solidariedade relaciona-se com a boa-fé na medida em que analisa-se a postura dos sujeitos frente ao negócio, tendo em mira os princípios do ordenamento privado, isto é, diante da cláusula geral da boa-fé, o juiz preenche a hipótese legal com sua valoração, tendo em mira a realização do bem estar social.

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas um principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também uma forte expressão da solidariedade social e importante instrumento de reação ao voluntarismo.

A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, valorizar o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. Passa-se da obsessão pelo sujeito e sua vontade como fonte primordial das obrigações para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional, independente da vontade ou intenção do sujeito que os praticou.

Outrossim, ao distribuírem-se de forma mais adequada os riscos do contrato, as cargas e tensões no processo obrigacional serão mais bem equilibradas. Se a realização da justiça pressupõe tratamento igualitário entre as partes iguais e desigual entre as partes desiguais, justo se fazer, nessa proporção, entre as partes a distribuição dos riscos. Sobre o credor penderão os riscos inerentes à eventualidade do não cumprimento ou do cumprimento impreciso da prestação que lhe é devida, e sobre o devedor os de ressarcir os danos causados pela inobservância do programa obrigacional, à exceção de causa estranha e não imputável que provoque a violação do dever contratual.²⁰⁵

Não se pode deixar de assinalar que a socialização relaciona-se com a crescente infiltração de valores solidarísticos no Direito Privado, bem como com a desigualdade de fato entre os sujeitos de direito e a consequente preocupação com a proteção da parte mais fraca nas relações intersubjetivas, levando à modulação da liberdade a partir da igualdade material e a solidariedade, impondo deveres de cooperação.²⁰⁶

²⁰⁵ Cf. CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013, p. 272.

²⁰⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.93.

Os fenômenos da solidarização e socialização estão imbricados, como se fizessem parte do mesmo contexto, e, sob a ótica axiológica, derivam da consciência racional dos interesses em comum, os quais, por sua vez, implicam para cada membro da sociedade a obrigação moral de olhar o outro.

A propósito, a própria sociologia define a "socialização" como o sentimento coletivo, da solidariedade e do espírito de cooperação nos indivíduos associados, um processo de integração mais intensa dos indivíduos no grupo. Já a "solidariedade", é entendida como o "sentido moral" que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação, ou da própria humanidade, relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada um se sinta na obrigação moral de apoiar o outro.²⁰⁷

As relações contratuais contemporâneas, portanto, devem estar dirigidas pela solidariedade e socialização, não mais tendo como função precípua a circulação de riquezas, embora não se anule a função econômica circulatória. As riquezas são movimentadas por relações jurídicas subjetivas de crédito, havendo por parte de seus titulares interesses econômicos não excluídos pelo ordenamento jurídico. O que não pode prevalecer é seu fim meramente econômico, já que isso frustra o desejo constitucional da livre iniciativa imbricada no projeto de justiça social.(art. 170, CF).²⁰⁸

Desse modo, pode-se encerrar o presente tópico afirmando que a função social do contrato e a solidariedade²⁰⁹, são os filtros da autonomia privada, dos quais se deve valer a hermenêutica sistemática civil-constitucional para imprimir os deveres contratuais, em prol da dignidade da pessoa humana, até porque a base da própria ética está correlacionada ao senso de responsabilidade mútua.

3.2.1.2 Igualdade substancial

Além da solidariedade, a igualdade constitui o signo fundamental da democracia e

²⁰⁷ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. 15. .impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1602-1607.

²⁰⁸ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do Conceito de Contrato: do clássico ao atual*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual*. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 19-40.

²⁰⁹ Caenegem foi muito feliz ao observar que "A sobrevivência do homem depende de sua inserção num grupo social que o protege e cujos membros defendem uns aos outros, dando suas contribuições individuais ao grupo" (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.259).

deve ser encarado como princípio dinâmico, com papel proeminente na promoção dos objetivos consagrados constitucionalmente, do desenvolvimento da pessoa humana.

O fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana manifesta-se primeiramente no princípio da igualdade, de modo a caminharem juntos no redimensionamento de um sistema aberto.²¹⁰

Rui Barbosa já traduzira a fórmula da igualdade em sua oração aos moços²¹¹:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Vê-se, portanto, que a igualdade já não se limita aos juízos negativos de valores²¹², como o era ao tempo do liberalismo, passando a exigir tratamento diferenciado aos desiguais²¹³, de modo que as pessoas não são mais consideradas em abstração, mas em concreitude, conforme suas características e história vivencial.

Perceba-se que ao tempo do sistema individualista e liberal, e, portanto, do modelo

²¹⁰ A propósito, Ricardo Aronne reflete que para a correta compreensão do conteúdo material do princípio da função social, há de ser compreendido o princípio da igualdade. Diz o doutrinador que a igualdade, enquanto princípio, está positivada ao longo de toda a Constituição, permeando todo o seu conteúdo, de modo a permitir serem tecidas algumas considerações para que se possa vislumbrar a informação material do mesmo, que advém, densificando-se, ao Direito Civil, no transcorrer de sua “constitucionalização”. Ainda segundo Aronne, tratando-se de conceito jurídico indeterminado, não se concebe uma definição exauriente do que seria o princípio da igualdade na ordem constitucional, pois, positivado em forma de princípio, além de naturalmente indeterminado, ainda é aberto e móvel, passível de cambio em face dos valores que o informam e da dimensão social sobre o qual incide, enquanto elemento da ordem positiva, inserida em um sistema jurídico que também é aberto. (ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*.: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199).

²¹¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: < www.culturabraisl.org.br >. Acesso: 19 jun. 2014.

²¹² Abordando a ideologia da liberdade de contratar e a igualdade formal dos contraentes na modernidade, Enzo Roppo diz que “Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições, estas deviam 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 [...] Inversamente não se admitia, por princípio, 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 um certo preço ou em certas condições[...]”. Liberdade contratual e igualdade formal se completavam reciprocamente para a concepção de justo (*quid it contractuel dit juste*) (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947, p. 32).

²¹³ Conforme Alexy, para ter algum conteúdo, o enunciado geral de igualdade não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção, sendo necessário encontrar um meio termo entre esses extremos. O ponto de partida é a fórmula clássica “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”, que constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o art. 3, §1º, da Constituição respectiva (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p.397).

abstrato de contratante, e da igualdade jurídica abstrata, entre os contratantes, se percebia um verdadeiro alheamento às particularidades próprias de cada caso.²¹⁴

A propósito, em razão da valorosa contribuição jurídica, vale conferir a observação de Enzo Roppo²¹⁵, ao tratar da ideologia novecentista da liberdade de contratar, e, conseqüentemente, da igualdade jurídica e desigualdade substancial:

Essa ideologia novecentista da liberdade de contratar corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos de progresso [...] significa ,portanto, restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos , numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado – da abstrata possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciando nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade. [...] Mas, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da máscara da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do laissez-faire contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem [...] Mas desta forma 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 força económico-social entre contraentes que detém riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.[....] pense-se no produtor de bens ou de serviços essenciais que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constringidos, para satisfazer as suas necessidades , a aceitar todas as condições que lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato : “pegar ou largar”. A disparidade de condições económico-sociais existente, 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 constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos[...].

Calha a observação de Daniel Sarmiento²¹⁶, ao contemplar o desequilíbrio nas relações de dominação do direito contratual hodierno, no sentido de que a pessoa humana não é minimamente livre, não pode desfrutar de sua liberdade de forma consciente, enquanto suas

²¹⁴ Essa ficção de igualdade entre os contratantes era possível em uma sociedade agrária que, apesar de não ser alheia às desigualdades económicas e sociais, não retratava desigualdades tão acentuadas como as que existem na atualidade, devido as concentrações financeiras e industriais contemporâneas. Além disso, era uma ficção sustentável porque o arquétipo contratual do Código Civil francês de 1804, apoiado na liberdade individual e a igualdade jurídica dos cidadãos, estava inserido em um sistema de contratos negociados que ainda não admitia com naturalidade a participação das pessoas jurídicas ou morais no tráfico jurídico privado e que deixava fora do Código Civil os contratos celebrados pelos comerciantes.

²¹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947, p. 39-40.

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 150-154.

necessidades vitais não estão satisfeitas, ou quando ela se sujeita à opressão nas relações sociais que vivencia .

John Rawls, nesse mesmo caminho, também dizia que só depois de assegurada as liberdades individuais existenciais básicas (e não estritamente econômicas, não englobando, portanto, a propriedade e a iniciativa econômica privada) se aplicaria o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades econômicas deveriam ser distribuídas de forma a beneficiar as pessoas menos favorecidas e manter sempre abertas oportunidades iguais para todos.²¹⁷

Note-se que a desigualdade substancial é particularmente flagrante nas relações comerciais celebradas com os consumidores, pois, em regra, as empresas fornecedoras são entes abstratos dotados de poder claramente desigual e desproporcionado.

Desse modo, não há dúvida de que a noção de igualdade substancial reivindica um direito à diferença, o que significa que, ao invés de se reivindicar uma “identidade humana comum”, faz-se necessário contemplar as diferenças existentes entre as pessoas, pois, à toda evidência, os homens possuem diferenças natas em razão da diversidade de culturas e formações ideológicas.

Jorge Miranda, visualizando a importância de se estabelecerem vantagens fundadas, diante de desigualdade fática, afirma categoricamente que o tratamento desigual trata-se de verdadeira obrigação do legislador.²¹⁸

Nessa via, Claudia Lima Marques observa, com propriedade, que a igualdade é uma das grandes metanarrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes novos direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material.²¹⁹

Encampando essa forma de pensar, Bodin²²⁰ propõe, inclusive, a substituição do termo “identidade” por “reconhecimento” do outro, como um ser igual a nós, o que permite a dialética do mesmo com outro, num sentido de alteridade²²¹.

²¹⁷ RAWLS, Jonh. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.91-101

²¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 3.ed, Coimbra: Almedina, 1998, p. 214.

²¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 220

²²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. O principio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.20-21.

²²¹ Conforme informa o dicionário Houaiss, da língua portuguesa, a alteridade ou outridade é a natureza ou condição do que é outro, do que é distinto (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.169). Assim, pode-se afirmar que a concepção parte do pressuposto básico de que todo o homem social interage e interdepende do outro, de modo que a existência do "eu-individual" só é permitida mediante um contato com o outro (que em uma visão expandida se torna o Outro - a própria sociedade diferente do indivíduo). Aqui vale lembrar a colocação de Montoro, para quem a alteridade

Calha aqui, perfeitamente, a intervenção de Boaventura de Sousa Santos no sentido de que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”²²².

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, estribado nos princípios da solidariedade social e dignidade da pessoa humana, pretendeu dar um passo avançado no enfrentamento das desigualdades concretas da realidade contemporânea nacional, ao fincar como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e da marginalização social, colimando a efetivação da igualdade substancial e da justiça social.

Acompanhando o signo do tempo, o legislador também trilhou esse avanço ao estabelecer a tutela diferenciada dos consumidores, na qualidade de partes vulneráveis, conciliando a livre iniciativa (art. 170, I, CF) com a necessidade de existência digna de todos e realização dos imperativos de justiça social.

No processo obrigacional, rememore-se, por oportuno, que, se a realização da justiça pressupõe tratamento igualitário entre as partes iguais e desigual entre as partes desiguais, justa é a distribuição dos riscos e tensões no seu curso, proporcionalmente entre as mesmas partes, em prol do equilíbrio, de modo que, sobre o credor, devem pender os riscos inerentes a eventualidade do não cumprimento ou do cumprimento impreciso de certa prestação, e sobre o devedor os de ressarcir os danos causados pela inobservância do programa obrigacional, à exceção de causa estranha e não imputável que provoque a violação do dever contratual.²²³

Enfim, todas essas ideias e noções valorosas se agregam para enlaçar a nova concepção do contrato, como fenômeno social, alcançando uma nova formatação da autonomia privada, de pontual importância para embasar a justa análise do superendividamento.

3.3 O NOVO CONTRATO COMO FENÔMENO SOCIAL.

Enzo Roppo, tratando da relatividade e historicidade do contrato, já dizia que o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto

justifica-se pela disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo, afinal, “ninguém pode ser justo ou injusto para consigo mesmo” (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130).

²²² SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html, acesso em 13 maio 2014.

²²³ Cf. CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013, p. 272.

econômico-social em que está inserido.²²⁴

Pois bem. As teorias tradicionais das principais categorias do Direito Civil foram erguidas no século XIX, quando pautava uma crença de que o Código Civil e o conjunto normativo que disciplinava de forma geral as relações privadas não sofriam influência das alterações políticas da sociedade.

Na concepção clássica, o fundamento do contrato era o consenso das partes envolvidas diretamente na relação jurídica, e a consequência lógica dessa concepção era de que o negócio jurídico não projetava efeitos para além dessas partes.

Assim, o Código Civil de 1916²²⁵ refletiu os traços individualistas do Código de Napoleão, cujo destinatário era um indivíduo isolado do restante da coletividade e abstratamente considerado, sem conexão direta com o contexto social, formal e juridicamente igual ao outro, sem consideração da igualdade substancial econômica ou social, com foco à liberdade de contratar (voluntarismo).

Nessa ambiência, o contrato era considerado intangível, sem possibilidade de alteração unilateral, ainda que por determinação judicial (salvo caso fortuito ou força maior), tinha força vinculante jurídica entre as partes, podendo ser exigido o cumprimento forçado junto ao Estado, e seus efeitos somente se operavam na fechada relação contratual (com as óbvias ressalvas referentes às transmissões *causa mortis* ou *inter vivos*).

Esse modelo contratual liberal enfocava a relação contratual como relação de conteúdo patrimonial, entre pessoas formalmente consideradas, sem ligação com o contexto social circundante. Assim, partindo-se da premissa de que o contrato era justo por encerrar a vontade das partes, cabia ao Estado intervir somente para assegurar o cumprimento contratual, sendo impensável sua interferência para sanar desvios ou adaptá-lo à realidade social cambiante. Tal encerro era compatível com o fortalecimento do liberalismo econômico, cujo discurso oitocentista melhor se coadunava com o *laissez-faire, laissez-passer*.

Com o surgimento do Estado do Bem Estar Social, passa-se a formular pesquisas funcionais sobre o contrato.

No Brasil, a construção do novo paradigma contratual, passa pelo reconhecimento de dignidade constitucional das normas civis, a partir da Constituição Federal de 1988, que

²²⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

²²⁵ Denominado por Nalin “camisa de força” unitária e totalizante (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p.84).

instaurou uma nova ordem jurídica-social-econômica, destacando como objetivos fundamentais os expressos no art. 3º, a fim de dar a nota paradigmática da nova visão social.

Nessa senda, colorindo-se o contrato com as cores de um fenômeno social, verifica-se a migração de um individualismo contratual para a consideração de uma pluralidade de sujeitos com variados perfis, sobretudo diante da observação de que frequentemente as relações contratuais projetam efeitos para pessoas que nem sequer conhecem os seus termos.

Aquele modelo de contrato à serviço das classes dominantes e com conotação abstrata cedeu espaço a um novo modelo de conteúdo jurídico heterogêneo e plural, numa ambiência de equidade contratual, valor de justiça contratual, e de uma nova ordem civil-constitucional dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária.

Tem-se, assim, o contrato como “um símbolo da civilização”²²⁶ desempenhando na vida social contemporânea múltiplas funções, mas sempre com o propósito de cumprir um objetivo promocional, dentro do sistema jurídico, qual seja a realização da pessoa humana.

Encampando essa concepção civilizatória, Caio Mario da Silva Pereira afirma que

paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pode apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato o convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado[...] Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador de norma de comportamento social, e efetiva este impulso.²²⁷

O novo conceito de contrato envolve a proteção da confiança depositada no vínculo, a exigência da boa-fé e a observância da função social do contrato, deixando-se de lado a ideia pura e simples de antagonismo entre as partes, para levar em conta os efeitos do contrato na sociedade.

Vale registrar que a teoria da confiança, nesse contexto, valoriza mais a vontade declarada e aparência da vontade, do que a interna, tudo com o fim de dar maior certeza e segurança às relações jurídicas, denotando ser o elemento social do princípio da boa-fé objetiva, paradigma de uma nova sistemática interpretativa criadora e limitadora.

O resultado dessa mudança de estilo de pensamento, é que as leis ganham em funcionalidade, optando-se por soluções abertas que possibilitem aos operadores do direito o

²²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 11.

²²⁷ Ibid, p. 11

uso de valores básicos e princípios sociais.²²⁸

Por outro lado, é na confiança²²⁹ que a sociedade contemporânea deposita a garantia de que as obrigações serão adimplidas, assumindo, por isso mesmo, papel central na gênese do dever de reparar os danos contratuais, papel de fator de imputação do dever de reparar no curso do processo obrigacional, sobretudo quando observada a concepção de que o contrato impõe respeitar e responder pela confiança que o outro nele depositou ao contratar e que as expectativas produzidas pela confiança podem ser consideradas como fonte autônoma no direito obrigacional.

A ideia a prevalecer nessa nova concepção social, além das já referidas, é a da cooperação²³⁰ entre os contratantes e igualdade substancial, num cenário de busca do equilíbrio contratual, em que a lei assume papel fundamental na legitimação da autonomia da vontade.

Tem-se o contrato, assim, como o “instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social”²³¹

A conscientização quanto a esse perfil de contrato é de extrema importância na sociedade moderna industrializada, a chamada sociedade de consumo, em que os consumidores estão mais fragilizados e suscetíveis aos influxos de um comércio jurídico despersonalizado e desmaterializado através das contratações massificadas ou standartizadas, dos conhecidos contratos de adesão ou condições gerais, homogêneos em seu conteúdo, e dirigidos indistintamente a todos os consumidores, ou mesmo através das chamadas condutas sociais típicas²³².

²²⁸ Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 6a edição, 2011, p. 211-215.

²²⁹ Cf. enunciado 363, aprovado na IV Jornada de Estudos de Direito Civil, sob a coordenação do Conselho Nacional da Justiça Federal, dispondo que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

²³⁰ Segundo Judith Martins Costa, a colaboração possibilita “o adimplemento porque para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas, em vista do interesse legítimo do alter. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas: pelo contrário, entraram em contato social juridicamente qualificado por graus, estão entre si relacionadas razão pela qual a necessidade de colaboração intersubjetiva constitui como afirmou Menezes Cordeiro, “princípio geral da disciplina obrigacional.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25. Rio de Janeiro : Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2003, p. 255).

²³¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.211.

²³² Claudia Lima Marques, ao tratar das contratações em massa, e da possibilidade dela se dar por meio escrito ou oral, mencionado a doutrina europeia, fala da aceitação através das chamadas condutas sociais típicas, os

O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento de sua crise, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual “grè à grè” (paritário) e as relações de massa. Percebe-se que os contratos contemporâneos demandam maior agilidade e fluidez, sobretudo em função da referida despersonalização de seus contratantes. Conforme observa Nalin ²³³,

É um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva. É o que basta para, mais uma vez, confirmar a crise pela qual passa a clássica definição do contrato. Mas, é uma crise que constrói, ou melhor, como antes já se disse, desconstrói para outro paradigma ser edificado no seu lugar.

Nessas relações massificadas, sendo a desigualdade material entres partes com distintas forças uma realidade, faz-se necessária a desigualdade jurídica de tratamento que equilibre essas forças. A propósito, a professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges²³⁴ fotografa com maestria esse momento quando observa o seguinte:

Percebeu-se rapidamente a armadilha do discurso da igualdade formal que deixava os indivíduos à própria sorte, considerados livres para assumirem qualquer vínculo contratual, ainda que, em alguns momentos, esses indivíduos não se movessem preponderantemente por liberdade verdadeira, mas por necessidade. Guiados pela necessidade, levados ao contrato, não vinham nenhum poder nem condição material de exercer a liberdade contratual, que se refere à determinação do conteúdo do contrato[...] O problema residia na liberdade apenas pressuposta, mas não real, em que as partes eram pela lei consideradas como iguais, mas na verdade não eram”.

A autonomia da vontade passa a refletir a autorregulamentação dos próprios interesses, condicionada à autorização pelo ordenamento jurídico quanto a forma, conteúdo, capacidade e legitimidade do sujeito, de modo que possíveis adequações ou correções nessa autonomia ou na liberdade contratual, através da intervenção estatal, colima apenas mantê-la nos limites do ordenamento jurídico.

Como elucida Judith Martins Costa,

diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade

simples recibos ou tickets de caixas automáticas, como formas de contratar em silêncio ou sem diálogo, por coisas, imagens de coisas, palavras ditas, pré-escritas e outros símbolos, sem real dialética, visualizados em meios não perenes e virtuais. Por essa nova forma de contratação, vai denominar o homem atual de *homo videns*, utilizando a expressão de Irti, e não mais *homo loquens*, dada a importância do toque à visão para a realização de um contrato (Ibid. p.72).

²³³ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 120.

²³⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Editora Método, 2008, p29.

– e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico²³⁵

Capitaneado por essas diretrizes de intelecção, Orlando Gomes observa que a característica do negócio jurídico passa a ser o comportamento vinculado dos sujeitos contratuais nos seguintes termos²³⁶:

A característica do negócio jurídico passa a ser, como expõe Mirabelli, o fato de se vincular o sujeito por seu comportamento, no sentido de que a sua conduta sucessiva não pode se desenvolver senão na conformidade do empenho que assumiu, segundo o ordenamento positivo, com seu comportamento. Deixa-se, em consequência, de definir o negócio jurídico como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para conceituá-lo como ato de autonomia privada que empenha o sujeito, ou os sujeitos que o praticam, a ter conduta conforme ao regulamento dos seus interesses fixado com a prática do ato. Obviamente, é a lei que vincula o sujeito, ou as partes, a observar esse comportamento. Vincula-se por seu comportamento, não se lhe permitindo invocar deficiências do processo volitivo que não puderam ser descobertas pelos outros e, além disso, prescinde-se da investigação do intento do intento do agente. Sobem ao primeiro plano os princípios da autorresponsabilidade do sujeito e da confiança dos outros sujeitos.

É ponto uniforme que a relativização da autonomia da vontade encontra no princípio da boa-fé objetiva seu novo paradigma. Aliás, sendo a relação contratual nada mais do que um contato social, um contato na sociedade, as pessoas restam entre si vinculadas e enleadas a deveres gerais de conduta, de atuação conforme a boa-fé.

Não é por outra razão que, nessa vereda, Claudia Lima Marques doutrina que a lógica e o direito impõem que nos contatos sociais, ou processos sociais, de inegável ordem jurídica, que são os contratos, os parceiros contratuais devam também observar seus deveres de conduta, e consequentemente, tratar o outro com lealdade e respeito, sem danificar o patrimônio do próximo, e impedir que o outro cumpra com os seus deveres, em suma, “cooperar na medida do possível e segundo a lei”.²³⁷

O contato social²³⁸, assim, se perfaz mediante um complexo de circunstâncias e comportamentos, sobre cujas relações jurídicas decorrentes incide a boa-fé objetiva, e cujos níveis de concretização se refletem na intensidade dos deveres e reparações.²³⁹

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 456 – 457.

²³⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47-48.

²³⁷ Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2011 p.217-218.

²³⁸ Clóvis V.do Couto e Silva propõe a utilização dessa expressão como *fattispecie* comum aos negócios jurídicos, aos atos ilícitos e aos existenciais, a fim de propiciar a sistematização das várias fontes de relação

Perceba-se que, em reação ao voluntarismo oitocentista, o centro gravitacional da órbita contratual passou a ser a equidade, a justiça, a boa-fé, cujos reflexos sociais devem se fazer sentir para o fiel cumprimento do seu papel social, interna e externamente, como, aliás, restou patentado pelo legislador no art. 421, do Código Civil de 2002.

Antes do Código Civil de 2001, o Código de Defesa do Consumidor já tinha colacionado ao ordenamento jurídico pátrio a positivação do princípio da boa-fé objetiva como linha teleológica de interpretação (art.4, III), e como cláusula geral (art. 51, IV), positivando em seu corpo normativo diversos deveres anexos: informação ou esclarecimento (arts. 30, 31, 46), cooperação (art. 51,§.2º), lealdade, cuidado, e outros mais.

Isso quer dizer que o ordenamento jurídico protege a liberdade contratual quando a considera socialmente útil, ou, no mínimo, quando não contrarie os interesses da sociedade.

Aliás, é nessa senda que deve ser entendido o *pacta sunt servanda*, o valor da livre iniciativa e sua consequente liberdade contratual (art, 1, IV, da CF): respeitando a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF), função social da propriedade (arts.5, XXIII, 170, III, da CF) , evitando o abuso do poder econômico (art. 173, §4º, da CF), atendendo ao princípio da solidariedade (art. 3, I a IV da CF), tendo em mira a não ocorrência da onerosidade excessiva.²⁴⁰

obrigacional e das varias espécies que compõem o direito das obrigações. Tratando do “contato social”, verbevera que o conceito constitui uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da sociologia, relacionando-se com a teoria da associação. No plano jurídico é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, pois aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe contrato. Destaca que, na consideração de Emilio Betti, os deveres prévios à realização do negócio jurídico como antecipação à boa-fé contratual ou como seu efeito preliminar . E conclui que “Para que se possam submeter as lesões danosas que não decorrem de um ato ilícito absoluto ao império da reparação, é preciso dar-se a extensão ao conceito dano, como o faz Nipperdey, que vê nos direitos decorrentes do “ contato social” mera causa de responsabilidade (Haftungsggrund). Os direitos que dela nascem assemelham-se aos provenientes de um contrato , mas seu suporte fático é de ordem delitual” (Cf. SILVA, Clovis V.do Couto . *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 73-77).

²³⁹ Judith, ao abordar o contato social, diz que viver em sociedade significa a possibilidade de ter contatos sociais, embora não sejam estes uniformes. Os deveres abrangidos por essa *fattispecie* se apresentam em cada relação concretamente considerada com intensidade diversa. Um exemplo claro seria a responsabilidade de shopping centers pelo furto de automóveis ocorridos no seu estacionamento, considerado pela autora ato existencial decorrente do contato social, sem consideração da manifestação de vontade na formação do ato. Nessa situação, empresta-se ao ato a eficácia típica da responsabilidade contratual, com fundamento na confiança legítima, gerada pela boa-fé objetiva. (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 , 403-405)

²⁴⁰ Assim, como resume Arnoldo Wald, “em vez do contrato irrevogável, fixo, estático e cristalizado de ontem, conheçamos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos em uma verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.” (WALD, Arnold. *A evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no*

O novo direito contratual²⁴¹, portanto, demanda uma visão da obrigação como um processo social e jurídico²⁴², mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, engessada num dar e um fazer momentâneos entre parceiros contratuais, teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente, sobretudo porque envolve obrigações de conduta.²⁴³

A ideia de uma relação contratual solidária resta impressa na realidade social, a denotar a necessidade de cooperação²⁴⁴ entre as partes, até porque, como bem colocou Rosenvald, o contrato não é um universo jurídico hermético e neutro, mas um fato social, que operacionaliza a realização de valores globais.²⁴⁵

A propósito, calha destacar a posição valiosa de Menezes Cordeiro:

A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta [...] a obrigação abrangeria uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global [...] Várias prestações, susceptíveis de ser atribuídas, noutras circunstâncias, de modo autónomo, podem estar reunidas num escopo comum ou aparecer geneticamente ligadas. A obrigação implica, então, créditos múltiplos e diz-se complexa; tem várias prestações principais, ou, quando uma delas domine, em termos finais, uma principal e várias secundárias.²⁴⁶

Brasileiro.. *Revista da EMERJ*, 26, 2004, p. 111).

²⁴¹ Judith Martins Costa traz a concepção de Larenz que distingue contrato de relação contratual, entendendo que a primeira seria um negócio jurídico que transcorre no tempo, e que a segunda seria uma relação mediante contrato, “válida e subsistente no tempo”. E para a autora esta distinção é de suma importância para compreender a distinção entre a “interpretação integradora e a concreção mediante a aplicação da boa-fé objetiva”. (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p.430- 431).

²⁴² Cf. SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

²⁴³ Judith Martins Costa, a propósito, seguindo a perspectiva de Karl Larenz, diz que a relação obrigacional passou a ser entendida para além da simples análise das prestações de forma isolada (crédito e dever de prestação), explicando que apesar da bipolaridade da relação, a mesma não deve ser compreendida de forma tão seccionada e “estática”, ratificando a possibilidade de recondução do sentido a depender do caso concreto. E afirma: “Quer-se com isto afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal [...] Quer-se com isto afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal[...]” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 393).

²⁴⁴ A súmula 286, do STJ, está imbuída deste princípio, ao dispor: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

²⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*.. São Paulo: Método, 2007, p. 86.

²⁴⁶ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 586- 591.

Além das normas imperativas, que concretizam diretamente a ordem pública constitucional, a liberdade contratual é também modelada pela concreção operada pelo Estado Juiz quando da aplicação das cláusulas gerais (equidade, ordem pública, interesse social, etc.).

Outrossim, a intervenção do Estado na formação dos contratos é exercida não só pelo legislativo, como também pelos órgãos administrativos e o poder judiciário. Este assume papel de relevo no controle das cláusulas abusivas, para proteção do mais fraco, a partir do mandamento constitucional de proteção do consumidor, e do caráter indisponível, de ordem pública e fim social, das normas do CDC.

Nessa ótica, as normas jurídicas devem ser instrumentos operantes à atender a realidade social, na consonância dos objetivos colimados e considerados justos pela sociedade, realizando inclusão social, proteção e realização dos direitos fundamentais.

Resta claro, assim, que o contrato como interseção de vontades dos privados está sob a égide de uma nova concepção de Direito Privado, na qual os direitos fundamentais tem influência direta nas relações privadas, seja entre iguais ou desiguais, impondo valores e vetores a serem respeitados, de modo que, quando se concretiza a boa-fé concretizada restará a dignidade da pessoa humana.

No próximo tópico, se analisará a nova autonomia privada, nessa ambiência obrigacional solidarizada e socializada, a fim de reforçar a compreensão, e analisar medidas aptas e necessárias à prevenção e tratamento do superendividamento.

3.4 A AUTONOMIA PRIVADA NA PÓS-MODERNIDADE

A partir das noções até aqui rendadas, nota-se que só se pode falar em verdadeira liberdade, em exercício real da autonomia privada, quando tenham os interessados igualdade de oportunidades, igualdade de condições culturais, econômicas, sociais. Essa isonomia acaba sendo pressuposto do justo contratual.²⁴⁷

Durante longa data se traduziam as expressões autonomia e liberdade uma pela outra, pois se estava diante da igualdade formal dos indivíduos, no âmbito de situações patrimoniais, se dando ao sujeito ampla liberdade de disposição desde que possuísse bens para tanto. Não é

²⁴⁷ Observa Enzo Roppo que a ideologia moderna da igualdade formal era uma máscara que ocultava a realidade da desigualdade material, que calava e ocultava a funções reais que o regime do *laissez-faire* contratual estava destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra :Almedina, 1947, p. 37).

demais repassar que, aos sujeitos de direitos e proprietários cabia zelar por seus bens, desvinculado do tecido social no qual estava envolto.²⁴⁸

No século XVIII, sob a influência do jusracionalismo iluminista²⁴⁹, a autonomia da vontade era expressão inspirada pela filosofia Kantiana²⁵⁰, segundo a qual a dignidade da pessoa não se compadecia com a submissão a leis outras que não aquelas que o próprio homem desse a si mesmo.²⁵¹ Estribava-se, assim, na máxima “*de la volonte libre tout procede*,

²⁴⁸ Judith Martins Costa, captando bem a autonomia negocial à época do liberalismo observa que a racionalidade no Direito das obrigações estava conexas à racionalidade que guiava a circulação de produtos e serviços, presa ao esquema da relação jurídica intersubjetiva polarizada pela vontade humana como expressão da liberdade a todos atribuída, da liberdade para dispor contratualmente sobre os bens. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso – Brasileiro, 2003, p.235). Nessa senda, Enzo Roppo, traduzindo o significado profundo do princípio da liberdade contratual, como produto da necessidade de liberalização da força de trabalho, da sua transformação em mercadoria livremente alienável pelo proletariado e livremente adquirida pelo capital, dispõe que: “[...] O modo de produção capitalista funda-se na prestação de trabalho subordinado fornecida por quem nada tem senão, justamente, a sua força de trabalho a quem detém os meios materiais de produção, numa palavra o capital. Essa prestação é compensada com dinheiro, segundo uma relação de troca, de molde a garantir, com a fruição do trabalho, o proveito do capital. Mas para que essa troca entre dinheiro e força de trabalho possa realizar-se, é necessário que a força de trabalho assuma precisamente a forma de uma mercadoria, dotada de um valor de troca próprio, de um preço próprio, e, com base neste, vendável e comprável no mercado à semelhança de qualquer outra mercadoria. Vendável e comprável livremente e não mais sujeita, como no passado, aos vínculos corporativos e semifeudais que faziam do trabalho humano[...] eminentemente não contratável. No sistema capitalista, pelas exigências do sistema capitalista, o trabalho humano deve, ao contrário, objectivar-se, “mercadorizar-se”, justamente porque deve constituir matéria de troca, portanto matéria de um contrato, e de um contrato livre.”(ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 39)

²⁴⁹ Observa Denis Franco Silva que, dentro do espírito voluntarista e individualista liberal, identificavam-se liberdade e autonomia, e o conceito de liberdade assumia função nitidamente negativa, ou seja, a liberdade como não-intervenção. Isso quer dizer que a ideia de liberdade no direito privado estava associada ao indivíduo quando não impedido por outros ou pelo Estado de autorregular seus interesses. Desse modo, para considerar-se o sujeito autônomo no direito privado liberal clássico, esse não poderia sofrer interferências externas no autorregramento dos próprios comportamentos ou relações, a fim de concretizar seus interesses, na medida do possível. (Cf. SILVA, Denis Franco. 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. 140).

²⁵⁰ Kant pressupunha a liberdade como propriedade de todos os seres racionais, e a tinha como fundamento da ideia de autonomia moral, com a qual acabava se confundindo. Esse filósofo acreditava que uma vontade livre das necessidades presentes no mundo da sensibilidade fundamentaria o princípio da moralidade, na medida em que a ação moral se constituiria em máxima universal, alcançável por todos, ante a ausência de influências relativas ao mundo sensível. A propósito, calha destacar a observação valorosa de Denis Franco Silva nesse sentido: “A ideia clássica de autonomia privada deriva da noção kantiana de autonomia moral, no cerne da qual se encontra a afirmativa de que a moralidade, em si, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teleológico.” (SILVA, Denis Franco. 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.135)

²⁵¹ “Seja como for, durante muito tempo nem a doutrina, nem a prática dos Tribunais brasileiros tiveram a menor dúvida sobre os efeitos absolutos do princípio da autonomia da vontade, resumido na regra *pacta sunt servanda*, que impunha a obrigatoriedade contratual e a total força vinculadora do contrato, sem exceção. Consequentemente, a partir deste princípio era defendida uma vinculação rígida das partes ao estipulado, ficando elas subjugadas ao respectivo cumprimento, sob pena de sofrer as sanções previstas tanto nas cláusulas contratuais como na lei. Dessa forma, a declaração de vontade fixada no contrato afasta as normas jurídicas dispositivas e, em certo sentido, torna-se superior à lei. Em suma, o princípio de obrigatoriedade contratual traduz a ideia de intangibilidade do pactuado, isto é da impossibilidade teórica de qualquer uma das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão judicial. Assim

á ele tout aboutit”²⁵², a denotar que, sendo o homem por essência livre, só por sua vontade individual ele poderia assumir obrigações, encampando essa vontade um poder soberano, absoluto, de modo a serem irrelevantes quaisquer preocupações alheias à averiguação dessa vontade, legitimadora dos efeitos jurídicos.²⁵³

Nessa época, partia-se de um perfil estrutural do contrato, sendo despicienda a perquirição acerca das razões e finalidades perseguidas pelas partes, até porque imperava o anticausalismo, centrando-se a autonomia da vontade nos princípios da liberdade contratual, intangibilidade do pactuado e relatividade contratual.²⁵⁴

A noção de Henry de Page traduz claramente a concepção da autonomia da vontade da época:

Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que tem as vontades particulares de regularem as próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (*engagements*), de decidirem sozinha e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda liberdade, inspirando-se nos únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados.²⁵⁵

Na contemporaneidade²⁵⁶, com a revisão doutrinária e jurisprudencial a que foram submetidos o liberalismo econômico e as concepções voluntaristas do negócio jurídico, marcada pela superação da dicotomia clássica entre direito público e privado, sucumbiram as concepções que consideravam o

sendo, o princípio de liberdade contratual e o princípio de obrigatoriedade do vínculo são vistos como corolários do princípio de autonomia da vontade espontânea, livre e soberanamente expressada, segundo o qual a pessoa fica vinculada pelas obrigações que ela, de forma completamente voluntária, assumiu” (GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Autonomia privada e liberdade contratual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n2307, jan.2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14238>>. Acesso em: 17 maio 2014).

²⁵² Tradução livre: Tudo tem origem na vontade livre e tudo vai dar nela.

²⁵³ Cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112.

²⁵⁴ A doutrina aponta a influência do Direito Canônico na concepção da autonomia da vontade. Ramon Mateo Júnior, por exemplo, destaca a influência do Direito Canônico para a concepção do princípio da autonomia da vontade, advertindo que esse Direito pregava a sacralidade dos contratos, de modo que a palavra dada, a vontade manifestada à outra pessoa, era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado. (MATEO JÚNIOR, Ramon. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 97)

²⁵⁵ PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Emile Bruylant, 1950, v.2, p. 437.

²⁵⁶ Vale aqui destacar o esolio de Giselda Hironaka e Flavio Tartuce: “[...] a partir da segunda metade do século XX, com o incremento da visão capitalista como forma de produção, bem como o surgimento dos chamados direitos de segunda e terceira geração ou dimensão, observou-se uma preocupação legislativa de proteção dos vulneráveis nas relações negociais, caso, por exemplo, dos trabalhadores e dos consumidores. Com o surgimento da sociedade de consumo de massa (*mass consumption society*) e da estandarização contratual, a liberdade contratual passou a encontrar limitações em legislações de caráter protetivo. Surge o dirigismo contratual, a intervenção do Estado e da lei nas relações negociais privadas. E numa dimensão objetiva, despona, consequentemente, a autonomia privada como fundamento não só de institutos de direito contratual, mas também de institutos de direito de família e de direito das coisas.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio(coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo : Método, 2007, p. 43).

direito subjetivo como poder atribuído à vontade individual, para realização de interesse meramente individualista, sobretudo diante dos imperativos socializadores e solidaristas, que impõem a consonância com os interesses sociais, e tuteladores da dignidade da pessoa humana.²⁵⁷

A essa nova autonomia, com as luzes volvidas ao mais fraco, Nicole Chardin chamou vontade racional²⁵⁸, deixando claro que não se pode proteger a liberdade contratual daquele que quer justamente reduzir, limitar, ou mesmo excluir a liberdade contratual da outra parte.

Aliás, como refere Fernando Noronha²⁵⁹, “o próprio clamor contra a liberdade sem medida, que conduzia a exploração e a escravidão revela a existência de valores outros, além daquela liberdade, que estariam sendo considerados, e que se passassem a sê-lo poderiam contrabalançar aquela.”²⁶⁰

Reconhecendo-se, assim, que, nas obrigações, o fundamental não é a vontade das partes, mas saber se o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto regulamentarem os seus interesses e relações na esfera privada²⁶¹, deve-se circunscrever nessa limitação a

²⁵⁷ Segundo Clovis do Couto e Silva, a autonomia da vontade ou autonomia privada continua a ocupar lugar de relevo na ordem jurídica privada, mas, ao seu lado, a dogmática admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. (SILVA, Clovis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 31)

²⁵⁸ Cf. CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998, p.175)

²⁵⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

²⁶⁰ Noronha se questionava até onde poderia ir a liberdade das pessoas, a fim de que os fortes não explorem os fracos, que a liberdade contratual do direito não se converta em escravidão contratual na sociedade, como enfatizava Radbruch? Nessa senda, calha destacar o registro de Noronha ao albergar as impressões de Gustav Radbruch, transcrevendo que “Limitações legais à liberdade contratual mostram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do “*milieu contractuel*”, em que ela se move [...] Além disso, só uma sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.” (Ibid, p.12-13).

²⁶¹ Bem elucidativas são as palavras do inesquecível Orlando Gomes: “Mediante a troca de bens ou de serviços, a associação de forças, a prestação de trabalho, o empréstimo ou aplicação de capitais e tantas outras atividades, procuram as pessoas satisfazer suas próprias necessidades ou realizar seus interesses segundo sua livre apreciação. Reconhece-lhes a ordem jurídica o poder de iniciativa, tutelando, em certas condições, esses interesses. O negócio jurídico é o instrumento principal que lhes oferece para que satisfaçam as exigências desse poder de iniciativa. Seus limites constituem a área da autonomia privada. Não consiste esta autonomia, como sustentaram os partidários da concepção voluntarista, na liberdade de querer, nem como parece aos defensores da concepção objetivo do negócio jurídico, no poder de criar normas ou preceitos. Por autonomia privada se deve entender, segundo a famosa definição de Betti, a auto-regulação dos interesses particulares.” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo:RT, 1980, p. 43). Ainda adverte que somente se

expressão autonomia privada²⁶², ou o exercício da liberdade individual contratual²⁶³, até porque, dentro das ideias de personalização do direito privado e de valorização da pessoa como ponto fulcral do direito privado, o conceito de autonomia privado é o mais adequado.²⁶⁴

Bem resume essa ideia Judith Martins Costa, ao refletir que

reconhecer-se a autodeterminação não implica, porém, em desconhecer que os comportamentos humanos constitutivos de situações jurídicas devem amoldar-se a certos parâmetros éticos - jurídicos, precisamente porque o Direito é ordenamento, isto é, ordenação da atividade humana segundo certas escolhas axiológicas que, implícita ou explicitamente, cada sociedade faz traduzir em seu corpus normativo, a começar pela Constituição Federal.²⁶⁵

Nessa mesma senda, Perlingieri²⁶⁶ define, a priori, a autonomia privada como o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente adotados²⁶⁷.

configura ato de autonomia privada, se realizada como “pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas já reguladas, em abstrato e em geral, pelas normas jurídicas.”

²⁶² Para Noronha, “sem autonomia privada, seria impensável uma sociedade de economia capitalista, em que a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços estão em princípio reservadas a iniciativa privada” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116).

²⁶³ Como acentuou Eros Grau, os conceitos jurídicos não são apenas signos de coisas, mas constituem signos de significações (GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo: RT, 1988, p. 55). Assim, a significação do signo linguístico traduzido na expressão “autonomia privada” aponta à uma construção ideológica do final do século XIX, por parte de alguns juristas, que pretendiam opor-se aos excessos do liberalismo econômico, reconhecendo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade na vida comunitária.

²⁶⁴ Nessa senda, Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón afixam que: “*Conviene em este punto observar que cuando se abla, como es usual entre nosotros, de “autonomia de la vontade”, no deja de incurrirse em algún equivoco. Porque el sujeto de la autonomia no es la voluntad, sino la persona com realidade unitária. La autonomia no se ejercita querendo – función de la voluntad – sino estableciendo disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable de lacto de autonomia (que há de ser siempre libre e voluntario), pero para ejercitar la autonomia es preciso el despliegue de las demás potencias”* (DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. Apud, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio(coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 48).

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25, 2º semestre. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso – Brasileiro, 2003, p 237.

²⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.335.

²⁶⁷ Para o doutrinador, como fundamento dessa concepção encontra-se frequentemente, de maneira tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual. Entretanto, adverte que esse poder cabe na realidade a todos os sujeitos jurídicos, privados ou públicos, razão por que propõe um conceito de autonomia negocial. Conforme afirma Perlingieri, em um Estado Social de Direito, contrato e controle são destinados a conviver. Ainda mais uma vez a noção de autonomia contratual dever ser conformada ao sistema jurídico: não basta que o ato seja lícito, deve ser também merecedor de tutela, sem distinguir entre contratos típicos ou atípicos. (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.338 e 392.)

Também é preciosa a colaboração doutrinária de Daniel Sarmiento, para quem a autonomia privada traduz

o poder do sujeito auto regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica , e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si , e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.²⁶⁸

O declínio da liberdade contratual²⁶⁹, sobretudo quando relevados os deveres acessórios ou instrumentais que a boa-fé objetiva estabelece para o desenrolar de uma obrigação, em todo seu processo dinâmico, é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo.²⁷⁰

Essa limitação da liberdade contratual vai possibilitar que novas obrigações, primariamente não oriundas da vontade declarada, ou interna, dos contratantes sejam inseridas no contrato, em virtude da lei ou de uma interpretação construtiva dos operadores do direito, fundamental na nova concepção contratual.

Não é por outra razão que Couto e Silva afirma a função harmonizadora do princípio da boa-fé, no sentido de conciliar o rigorismo lógico-dedutivo do positivismo do século passado com as exigências éticas atuais, abrindo, por assim, dizer, no *hortus conclusus* do sistema jurídico “janelas para o ético”.²⁷¹

²⁶⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 188. Calha também destacar o posicionamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce, que definem a autonomia privada como o “regramento básico, de ordem particular - mas influenciado por normas de ordem pública - pelo qual , na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais”. Na concepção dos autores “trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais..* São Paulo: Método, 2007, p.49)

²⁶⁹ Vale lembrar a diferença entre liberdade de contratar e liberdade contratual, para não confundi-las. A primeira é a concedida a todos os indivíduos para realizarem materialmente suas avenças, sem preocupação, a priori, com o seu conteúdo, sendo ilimitada. A liberdade contratual é a possibilidade de livre disposição de interesses e direitos pelas partes, a qual pode ser limitada por força de normas e ordem pública. Vale a pena conferir a distinção em: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil. Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 110.

²⁷⁰ A propósito, Claudia Lima Marques reflete que a nova concepção de contrato aceita os limites impostos à autonomia da vontade, desde que esses limites, se provindos do poder estatal, respeitem os direitos constitucionalmente impostos e tenham amparo na lei, e se provindos dos particulares, respeitem os postulados sociais da boa-fé, segurança, equilíbrio e equidade contratual. (Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2011, p. 269.)

²⁷¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*: Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 21 e 42

Nesse contexto, o tempo aparece como aliado da racionalidade e reflexão na decisão dos contratantes, assumindo relevante papel a partir da visão da obrigação como processo²⁷², a prostrar-se no tempo para alcançar um só fim, qual seja a realização das expectativas legítimas das partes, de modo que, quanto mais duradoura for a relação, mais destacados estarão os deveres de cooperação e adaptação para uma maior possibilidade de manutenção do vínculo contratual.²⁷³

A autonomia da vontade racional, assim, passa a refletir a autorregulamentação dos próprios interesses, a partir da emissão de uma declaração de vontade, desde que autorizada pelo ordenamento jurídico²⁷⁴ quanto a forma, conteúdo, capacidade e legitimidade do sujeito, de modo que possíveis adequações ou correções nessa autonomia ou na liberdade contratual, através da intervenção estatal, colima apenas mantê-la nos limites do ordenamento jurídico.²⁷⁵

A propósito, Nelson Rosendal é magistral ao afirmar que a “liberdade é consentida pelo sistema, pois a ordem econômica não é a corda que asfixia o ser humano, mas aquela que retira a pessoa do pântano que movia o liberalismo.”²⁷⁶

Partindo-se, então, dessa premissa, a autonomia privada, ou a “autonomia solidária”²⁷⁷, deve ser remodelada a partir da funcionalização dos contratos. Nalin²⁷⁸ já dizia

²⁷² No encerro do encarte da obrigação como processo, Clóvis do Couto e Silva propõe que a relação obrigacional, independente de sua espécie, seja categorizada como contato social, utilizando essa expressão com o objetivo de ensejar a incidência graduada, da boa-fé objetiva, seja como função limitadora do exercício de direitos subjetivos, seja com função obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma totalidade concreta. (SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 75-76). Albergando seus ensinamentos, Judith Martins Costa afirma, então, que o contato social seria a fonte imediata de todos os deveres obrigacionais e as fontes mediatas seriam a lei, o delito, a vontade e os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 402-404)

²⁷³ Michael J. Sandel afirma: “Como atos voluntários, os contratos expressam nossa autonomia; as obrigações que eles criam tem peso porque foram impostas por nós mesmos – nós as assumimos por livre e espontânea vontade. Como instrumentos de benefício mútuo, os contratos inspiram-se no ideal de reciprocidade; a obrigação de cumpri-los resulta da obrigação de recompensar o outro pelos benefícios que ele nos proporciona”(SANDEL, Michael J. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. 12ª ed. : Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 20013, p. 182)

²⁷⁴ Segundo Claudia Lima Marques, ao contrário da visão tradicional de contrato, onde a força obrigatória do contrato teria seu fundamento na vontade das partes, na nova concepção de contrato é a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a autorregulação dos interesses privados, sendo permitido ao juiz um controle do conteúdo do contrato, uma interpretação teleológica, onde os valores da lei delimitam o espaço do poder da vontade, no exercício do intervencionismo estatal. Mesmo que as partes não queiram, não as tenham previsto, ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual. (Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002)

²⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: Temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p.19-40.

²⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 83

²⁷⁷ Expressão utilizada por Judith Martins Costa.

que antes a moldura jurídica da autonomia privada estava a serviço do indivíduo, para que atingisse a escolha desejada, sendo dogma nuclear do ordenamento privado (como, quando, e com quem contratar), mas, na contemporaneidade, passou a exigir simples impulso da parte contratante, e não mais autorregulamentação.

Calha dizer que, da mesma forma que o individualismo liberal teve como causa fundamental as profundas transformações socioeconômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, a partir do século XIX são as transformações associadas à revolução industrial que provocam profundas modificações políticas e jurídicas.²⁷⁹

Nesse contexto, destacam-se os fenômenos da urbanização e da concentração capitalista, o primeiro consequência do crescimento exponencial da população e consequente migração do campo para as cidades, em busca de melhores condições de vida proporcionadas pelo desenvolvimento industrial, e o segundo consequência da concorrência econômica (em busca de melhores condições de produção e distribuição).

A grande resultante dos mencionados fenômenos foi a massificação da sociedade, que traduz perfeitamente o sentido das profundas transformações na era industrial²⁸⁰. Essa massificação é consequência do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que reduziu o número de empresas do mercado e exigiu delas, em razão da necessidade de reduzir custos e acelerar o ritmo dos negócios, a simplificação das

²⁷⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato* : Conceito Pós moderno. Pensamento Jurídico. Vol.II, 1 a edição. 2002. Ed. Jurúa, p. 171.

²⁷⁹ Cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.72. Percebe-se que Noronha faz interessante paralelo entre o declínio do contrato tradicional e o movimento político rumo a democracia das massas pela extensão do voto. Observa o doutrinador: “Na democracia do séc. XIX, sem o sufrágio universal todos eram considerados iguais pela lei, mas só alguns, aqueles que tinham poder, eram ouvidos – e conseguiam impor a sua vontade a todos os cidadãos, do alto de governos e parlamentos. De forma semelhante, nos contratos deste século XX, todos são considerados iguais pela lei, mas só os poderosos fazem ouvir a sua voz - e impõem-na, determinando unilateralmente os termos em que admitem contratar com a massa dos clientes. Circunstancialismo semelhante, efeitos semelhantes: o fenômeno da massificação política produziu, já no século XIX, o surgimento dos “partidos de massa” o movimento em prol do sufrágio universal; o fenômeno da massificação econômica em geral, e da contratual, em especial, está produzindo, nos nossos dias, os movimentos de defesa do consumidor e, integra nestes, a luta para que sejam sancionadas as cláusulas abusivas.”

²⁸⁰ Essa massificação pôde ser sentida nas cidades que se transformaram praticamente em colmeias; nas fábricas, que passaram a produzir em série para atender a quase infindável demanda, nas comunicações, com os meios de comunicação desenvolvidos pela tecnologia levando a notícias a distâncias impensadas, nas relações de trabalho com as convenções coletivas, no processo civil com a tutela de interesses difusos e coletivos, nas relações de consumo com os contratos padronizados e de adesão (cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71).

suas transações, através de técnicas contratuais uniformes, caracterizada pelas cláusulas gerais.²⁸¹

Esse fenômeno da massificação impôs aos poderes públicos atuações positivas através de programas de governo inclusivos, criação de leis especiais de proteção do consumidor, e farta produção jurisprudencial, em paralelo aos movimentos sociais dos consumidores. Esses movimentos estavam legitimados pelos valores da dignidade da pessoa humana, eticidade e sobretudo da justiça social.

A própria concepção de abertura do sistema proporcionada pela cláusula geral da boa-fé objetiva, ao impor conduta leal, independentemente de considerações subjetivas, veio minar os excessos resultantes do liberalismo jurídico, atribuindo coercitividade ao propósito de construção de *standards* de comportamento adequados no tráfego social, de um ambiente relacional marcado pela confiança recíproca e respeito aos interesses alheios, colimando concretizar a dignidade da pessoa humana.

O espaço da autorregulamentação dos interesses²⁸² restou, então, reduzido por normas imperativas de cunho social, como as do Código de Defesa do Consumidor, numa construção em que o elemento fulcral é o interesse social, e não mais a mera vontade do sujeito individualizado, e as leis passam a ser mais funcionais, optando por soluções abertas, que deixam larga margem de ação ao aplicador do direito, sobretudo no que tange ao uso de topois de argumentação jurídica, como os da boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações, dentre outros.²⁸³

²⁸¹ Numa moldura dessa realidade, e portanto, do que chamou de “outono do Direito Civil clássico”, Fachin defende que o dogma básico da autonomia da vontade esta superado, sobretudo porque a função do contrato não coabita com a imposição de uma parte sobre os interesses ou necessidades da outra. Para ele, quem impõe não contrata, coage, extrai consentimento. Proliferam pactos aptos a narrar a obra jurídica específica que nasce da adesão (e não propriamente do contrato). Se é adesão, não há contrato, porque não há autonomia da vontade. Quando há real autonomia? Chega, assim, a afirmar que, diante da proliferação dos pactos de adesão, ingressou no lugar do conceito de autonomia privada talvez o de necessidade, deixando á reflexão o fato de que a família deixou de ser uma unidade de produção para tornar-se uma unidade de consumo, e o contrato deixou d éter autonomia privada para abrir espaço a satisfação de necessidades, nem sempre tão básicas.(FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.268).

²⁸² Segundo Orlando Gomes: “O negócio jurídico é, por excelência, o ato de autonomia privada, isto é, a atividade humana, simples ou complexa, correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida, por conseguinte, a esse fim. Consiste a autorregulação na composição que os particulares realizam dos próprios interesses, disciplinando-os concretamente. A esses atos de autorregulação de interesses, realizados nas condições permitidas, dota a lei de eficácia jurídica (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo:RT, 1980, p. 43-44).

²⁸³ Cf. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2002 p. 222-232. Vale ainda registrar que, manifestados os novos elementos da autonomia privada no CDC, e demais estatutos que asseguram ampla proteção a setores sociais reconhecidamente vulneráveis, passa a ser possível determinar a nulidade de cláusulas consideradas, a priori,

Considerando-se que quem contrata não mais contrata tão só o que contrata²⁸⁴, numa seara de funcionalização e justificação social²⁸⁵, os deveres gerais de conduta assumem relevância impar, independente da vontade das partes.²⁸⁶ Não é demais reforçar que essa nova modelagem de negócio jurídico implica um processo obrigacional pautado na probidade, solidariedade, lealdade e cooperação, iluminado pela boa-fé objetiva, requerendo das partes um pensar reflexivamente no outro²⁸⁷.

Nesse ângulo, a consagração da solidariedade como norma constitucional e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, unidas num movimento de reconstrução, contribuíram para a reformulação do conceito de autonomia privada, que, dessa forma, como já frisado, despe-se da simples condição de espaço de livre exercício de interesses privados, como expressão fundamental do direito privado, para abrigar-se no ordenamento jurídico, sujeita aos valores consagrados no bojo da Constituição, deixando, por conseguinte, de ser considerada um valor em si mesma, e impondo a verificação quanto a conformação dos interesses concretamente perseguidos com a bússola axiológica do sistema civil-constitucional.

Pode-se, portanto, afirmar que, ainda que determinado comportamento encontre lastro expresso de autorização no contrato ou lei, é indispensável aferir sua conformidade com a dignidade humana e a solidariedade social, para lhe ser assegurado a tutela jurídica.²⁸⁸

Nesse encerro, a confiança, no rastro da solidarização do direito, exsurge para valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, pautando as obrigações através de uma

como abusivas da condição de vulnerabilidade, e atribuir caráter irrenunciável a uma série de direitos considerados necessários ao equilíbrio da relação jurídica em foco.

²⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P458.

²⁸⁵ Já em 1980, o visionário Orlando Gomes já escrevia que “As limitações sempre existiram, apenas se apertaram na atualidade, apanhando o campo econômico e se tornando mais numerosas quanto mais se compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar superior justiça social “ (GOMES, Orlando, cit, p. 46).

²⁸⁶ Já dizia GHESTIN que só o contrato justo obriga. (GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil la formation du contrat* Paris LGDJ, 1993, p. 225)

²⁸⁷ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n.25, p. 229-282, jul/dez. 2003, p.233.

²⁸⁸ Gallupo observa tanto o modelo de Estado Liberal, como o de Estado Social não logrou apaziguar o conflito social e filosófico que teve origem na convivência de liberdades. Para o doutrinador “ Enquanto o Estado Liberal procurava eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores “dominantes” e o Estado Social procurava impor um “projeto alternativo” e arbitrário ao poder econômico, integrando mais que incluindo, aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário, o Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração. (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 20-21).

visão solidária, atenta à repercussão dos atos individuais sobre diversos centros de interesses, e atribuindo-lhes eficácia obrigacional, independente da vontade ou intenção do sujeito que os praticou.

A efetivação da justiça contratual exige, assim, que o respeito à força obrigatória se sujeite a um pressuposto prévio: a presença e/ou a manutenção da equivalência entre as prestações reciprocamente consideradas em “perspectiva genética e funcional”, resultado de um tempo de maior preocupação com a realização dos conteúdos substanciais do direito material, e não uma segurança jurídica formalista, de subsunção legalista, que revele a segurança do direito e não o valor da segurança no direito.²⁸⁹

Nessa toada, salienta o professor lisboeta José de Oliveira Ascensão²⁹⁰, "o resultado é substancial e enriquecedor. Não matamos o *pacta sunt servanda*, conjugámo-lo com o *rebus sic stantibus*. Os factos devem ser observados (princípio fundamental de autonomia) *rebus sic stantibus* (princípio fundamental de justiça e de respeito da vinculação realmente assumida)"

Calha observar que a autonomia privada recebe proteção não uniforme da ordem constitucional - que não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas da liberdade do sujeito – se fazendo mais intensa no plano das escolhas existenciais, do que no econômico e patrimonial.

A propósito, alinhava Sarmiento²⁹¹:

os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade. Este campo de autodeterminação poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transplantados, sem quaisquer adaptações, para a esfera das relações privadas. Por isto, a doutrina amplamente dominante tem enfatizado que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais resolve-se, no mais das vezes, através de uma ponderação, na qual deve figurar num dos pratos da balança o próprio direito fundamental em jogo, e, no outro, a autonomia privada do particular.

Podemos encerrar esse tópico dizendo que, o contrato, embora nasça da conjunção das vontades individuais, também é um ato social que deve ser respeitoso com os interesses gerais ou coletivos. Por isso, como já visto, em certas condições, o indivíduo pode ser obrigado pelo ordenamento jurídico a assumir involuntariamente compromissos que não tinha previsto

²⁸⁹ Cf. BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controversas: responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006. Vol.5, p. 363, 366.

²⁹⁰ Ascensão, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Fortaleza: Pensar, v. 13, n. 1, p.20, jan./jun. 2008.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.142-143

inicialmente, ou até que tenha querido evitar, numa áurea constitucional de solidarização e socialização, a fim de lograr-se êxito na funcionalidade contratual e seus desdobramentos fáticos.

3.4.1 Direcionando a autonomia privada para realizar direitos fundamentais.

O valor intrínseco conferido a autonomia²⁹², relacionando a noção habermasiana de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, permite delinear os limites ao exercício da autonomia pela via privada no ordenamento brasileiro.

Como já visto, a autonomia privada é um pressuposto da democracia, um dos componentes primordiais da liberdade, na qualidade de poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, tendo como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, livre para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não violem os valores relevantes da sociedade ou lesionem direitos de terceiros.²⁹³

Não é por outra razão que, segundo o magistério do magistrado lusitano Paulo Mota Pinto²⁹⁴, através da autonomia privada, busca-se preservar o livre desenvolvimento da personalidade do homem no seio de uma relação contratual.

Essa autonomia privada, em verdade, traduz um princípio jurídico fundamental, protegido constitucionalmente, que inspira o reconhecimento de várias faculdades jurídicas primárias da liberdade contratual, sem traduzir, entretanto, um poder jurisdicivo da vontade, na medida em que o ordenamento jurídico, dentro de certos limites, reconhece esse poder aos particulares.

Isso quer dizer que, embora seja um pressuposto da democracia, essa autonomia privada não tem nada de absoluta, devendo ser conciliada com o direito das outras pessoas a

²⁹² Silva, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção a reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.150. Vale registrar que o articulista acredita que o raciocínio sobre a relevância e papel fundamentador da autonomia em um discurso prático moral, também se encontra presente no discurso jurídico, sobretudo por não se constituir o ordenamento jurídico um sistema de razões auto-suficientes para a justificação de ações ou decisões. Segundo o articulista “quando se incorre conscientemente em qualquer discurso prático se está valorando e quando se valora qualquer coisa de forma consciente e deliberada, valorase também a capacidade de emitir juízos de valor, como fim ou como meio, mas encontrando-se logicamente excluída a possibilidade de desconsideração da capacidade de emissão alheia de juízos de valor, pelo que se degeneraria a prática discursiva em uma ação meramente estratégica, ou seja, em um discurso orientado para o êxito pela via da coerção ou persuasão emotiva, e não pela obtenção de um consenso racional”. Se inclui na ideia de autonomia a possibilidade de formulação de juízos de valor e a materialização dos juízos de valor (juízos práticos) com a realização da conduta.

²⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.154.

²⁹⁴ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.324.

uma idêntica quota de liberdade, e outros valores essenciais ao Estado Democrático de direito , como a autonomia pública (democracia), a igualdade , a solidariedade e a segurança, o que justifica a restrição proporcional, visando a otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses.²⁹⁵

Nesse compasso, sabe-se que a consagração da solidariedade como norma constitucional, e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, impuseram intensa reformulação do conceito de autonomia privada, de modo que, mesmo estando certo comportamento expressamente autorizado por contrato ou lei, é preciso verificar sua conformidade com a dignidade humana e a solidariedade social, para só assim lhe ser assegurada a tutela pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Desse modo, é inevitável que o Estado intervenha em situações concretas, restringindo (sem anular, é claro) a autonomia privada, seja para proteger a liberdade alheia, ou para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica da sociedade, através da lei, manifestação da autonomia pública do cidadão.

Registre-se, por oportuno, que a autonomia privada não se limita ao espaço normativo de uma atividade econômica, sendo também localizada em situações jurídicas da personalidade, que concretizem os seus projetos espirituais, ou seja, situações de “autonomia existencial”, cujos fundamentos que a justificam são distintos dos relacionados à teoria do contrato.²⁹⁶

Tomando o contrato como uma relação complexa e solidária, na feliz expressão de Paulo Nalin, foi valiosa a percepção do Direito Contemporâneo quanto a necessidade de limitar-se a vontade individual, pois, embora nasça da conjugação das vontades individuais, o

²⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 155. É exatamente o que ocorre quando se trata da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, em que se torna necessário ponderar esta autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

²⁹⁶ Segundo a linha de considerações de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal: “Nestas situações , como em outras nas quais o ato de iniciativa alcança o valor da pessoa, o fundamento da autonomia é diverso daquele que a justifica na teoria do contrato. Afinal, se as situações jurídicas existenciais tutelam os atributos essenciais do ser humano e o livre desenvolvimento da vida em relação, em um ordenamento protagonizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fatalmente esta lógica antropocêntrica e despatrimonializada conduzirá a uma absoluta impossibilidade de se condicionar a proteção e a promoção d autonomia existencial a qualquer forma de funcionalização ou satisfação de interesses coletivos . Não é possível , portanto, um discurso unitário sobre a autonomia negocial: a unidade é axiológica, pois unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente esta conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. *Curso de Direito Civil*.vol.4. Bahia: Editora Podium, 2013, p149). Nessa senda, Rose Meirelles refere-se as suas logicas da autonomia privada: a da equivalência para situações patrimoniais e a do desenvolvimento da pessoa para as situações existenciais (MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 300-301)

contrato também é um ato social, que deve respeitar os interesses gerais ou coletivos acolhidos no ordenamento jurídico, ainda que estes obriguem o indivíduo a assumir involuntariamente compromissos que não tinham sido inicialmente previstos ou desejados.

Assim, são imprescindíveis as condições de liberdade para o seu efetivo exercício, pois ela se articula com o valor igualdade, assumindo relevância o viés da liberdade positiva. Aliás, é isso que justifica, do ponto de vista da ética jurídica, a proteção ao consumidor frente as cláusulas abusivas, pois se há desigualdade entre as partes, não se pode falar em liberdade, sendo necessária a intervenção do Estado nessas relações desiguais em prol da parte hipossuficiente, ditando normas de ordem pública.

Reconhecendo simultaneamente a centralidade da liberdade individual e da força das influencias sociais sobre o grau e alcance da liberdade individual, Amartya Sen destaca a importância das condições sociais para a liberdade da pessoa como agente moral, ao afirmar que a condição de agente de cada um é restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas dispostas, numa relação de complementariedade.²⁹⁷

Rememore-se que, no Estado liberal burguês, valorizava-se a liberdade negocial como autentica expressão do poder da vontade da pessoa humana (voluntarismo jurídico). Mas, a sociedade de massas e a democratização do Estado levaram à erosão do credo liberal da autonomia privada como motor do bem comum no campo econômico, ampliando a intervenção estatal na esfera das relações contratuais para acudir as partes mais fracas ou condicionar essa autonomia a algum interesse público.

Aliás, uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante, no sentido de que os suportes valorativos dos direitos fundamentais irradiam, espraiam-se em todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais.

Essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁹⁸ está atrelada à humanização da ordem jurídica, verdadeiro filtro das normas no momento da sua aplicação, que impõe,

²⁹⁷ SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.17).

²⁹⁸ Calha registrar que a esmagadora doutrina e jurisprudência pátrias acolheu a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, em consonância com um modelo de Estado Social, voltado à promoção da igualdade substantiva. O ponto fulcral da teoria é o de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A teoria não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta, podendo o magistrado afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição. O Direito Brasileiro, portanto, afastou-se, da tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a

igualmente, a observância não apenas da dignidade da pessoa humana, mas também a igualdade substantiva e a justiça social, dado que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica.

Ressalte-se que essa eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação a interpretação e aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo dos conceitos de boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, todos reconstruídos à luz dos direitos fundamentais, interpretados no sentido de promoção dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como pondera Sarmiento ²⁹⁹, a teoria dos deveres de proteção e a eficácia direta dos direitos fundamentais reforçam-se mutuamente para disciplinar as situações em que os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder estatal, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos.

Segundo os ensinamentos desse insigne doutrinador, o princípio da dignidade da pessoa humana - centro de gravidade da ordem jurídica - condicionando e modelando o direito positivado, impõe a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados. E mais, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois do contrário a proteção da dignidade humana permanecerá incompleta.

Os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, ainda que estejam em relações paritárias, sem desigualdade de forças, não limitando-se, portanto, aos poderes

aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas, assim como da posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que considera a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os reduz ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado. Perceba-se que nada há no texto constitucional brasileiro que enseje a vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos, salvo, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo). Afora isso, o constituinte não estabeleceu previamente nenhuma limitação no polo passivo das liberdades públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, pela linguagem adotada na redação da maioria dos direitos fundamentais, o legislador transmitiu a ideia de uma vinculação passiva universal. A propósito, não se pode olvidar as assimetrias da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Nesse sentido, Daniel Sarmiento foi lapidar ao afirmar que “Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno.” (SARMENTO, Daniel; gomes, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Revista TST. Brasília, v.77, n.4, out/dez, 2001, p. 85)

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.244.

privados. A desigualdade material torna-se relevante apenas no momento em que tiver de ponderar o direito em questão com a autonomia privada ³⁰⁰.

Nalin³⁰¹ já dizia que, antes, a moldura jurídica da autonomia privada estava a serviço do indivíduo, para que atingisse a escolha desejada, sendo dogma nuclear do ordenamento privado (como, quando, e com quem contratar), mas, na contemporaneidade, passou a exigir simples impulso da parte contratante, e não mais autorregulamentação, sempre enquadrado pela funcionalização dos contratos.

A vinculação contratual, assim, não é irrestrita e demanda ponderação entre autonomia privada e o direito fundamental em jogo, no caso concreto, até porque só existe autonomia privada quando o agente tiver condições mínimas materiais de liberdade, o que, repise-se, é difícil numa sociedade assimétrica e excludente como a contemporânea.

É justamente em razão desse perfil de sociedade assimétrica que ampliam-se as hipóteses de restrição à autonomia privada, impostas pela legislação, ou extraídas da jurisprudência, a partir da interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado, ou da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Embora continue emanção da liberdade humana, a ordem jurídica vai envolver a autonomia privada com preocupações sociais, justificando a intervenção estatal para proteger o mais fraco e promover os interesses da coletividade, os direitos fundamentais, que são a verdadeira reserva de justiça da ordem jurídica, ao lado da democracia.

A nova concepção da autonomia privada ora tecida está em consonância com os valores éticos e jurídicos mais caros à sociedade, sendo imperativo ter-se sempre em mira que a segurança jurídica não é o único valor, nem o mais importante, almejado pelo direito, estando ao lado, ou acima dele, o da justiça substancial, que traduz a ideia de reciprocidade, comutatividade, equivalência material, proporcionalidade ³⁰², e da própria distribuição de riscos e ônus.

Adiante serão individualizados os limites da autonomia privada, para aclarar ainda mais as possíveis posições jurídicas das partes contratuais.

³⁰⁰ Ibid, p. 245-256.

³⁰¹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Pensamento Jurídico. 2002. Ed. Juruá, p. 171.

³⁰² Para o autor italiano Aldo Sandulli, a proporcionalidade representa um instrumento de harmonização entre forças conflitantes e de moderação de poder, destinada a perseguição da justiça da ação, concordando esta última não em senso jusnaturalístico, mas como elemento da relação simbiótica com o direito. (SANDULLI, Aldo. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*. Milano: Cedam, 1998, p.2.).

3.4.2 Limites da autonomia privada

Já restou assentado, ao longo do trabalho, que, na pós-modernidade, os direitos fundamentais do homem ganharam assento constitucional e a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor central do sistema jurídico.

Da mesma forma, restou assentado que, no vácuo das transformações econômicas e sociais do século XX, o contrato, mais do que simples meio à geração e circulação de riquezas, passou a ocupar lugar de destaque como instrumento de justiça social, dando-se destaque ao seu novo perfil principiológico.

Outrossim, restou estabelecido que a autonomia privada contratual segue sendo um princípio fundamental do Direito dos contratos, reconhecendo-se, por ela, aos particulares, a possibilidade de auto regulamentar seus interesses, na esteira da legalidade, conformando-os sob sua própria responsabilidade, para que possam desenvolver sua personalidade e afirmar-se como pessoas.

De outra banda, o solidarismo constitucional impõe uma concretização da liberdade contratual submetida aos limites consubstanciados na boa-fé objetiva, função social, e justiça contratual, dotando a liberdade de autodeterminação de efetivo sentido material.

E não poderia ser diferente, pois o direito privado como um todo deve ser instrumento de justiça e equilíbrio das relações, a criar harmonia e a incentivar o tratamento leal, cooperativo e integrador, e não consolidar desequilíbrios contratuais continuados.³⁰³

Sendo fato que, modernamente, nas relações jurídicas contratuais, a autonomia privada sofre essas limitações, passemos a analisá-las, numa expansão adequada à proposta do presente trabalho.

3.4.2.1 A boa - fé objetiva e seus deveres anexos

A relativização da autonomia da vontade encontra nos princípios da função social, da boa-fé e da justiça contratual seus novos vetores.

Contudo, a boa-fé a que nos referimos, responsável pelo giro na dogmática clássica, e, conseqüentemente, o novo tratamento da relação obrigacional, não é a subjetiva³⁰⁴,

³⁰³ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões*. Revista de Direito do Consumidor, n.25, jan/mar, 1998, p. 38

³⁰⁴ Tradicionalmente, a boa-fé entrou nos códigos oitocentistas como crença ou ignorância escusável, e como tal

relacionada a crença ou ignorância escusável acerca da existência de situação regular, mas sim a objetiva, que logrou na produção jurisprudencial e doutrinária, antes mesmo da legal, raízes profundas.³⁰⁵

Encartada a boa-fé na sua vertente objetiva, calha destacar o tratamento dispensado pela doutrinadora Judith Martins Costa :

Trata-se da boa-fé objetiva porque, na sua concreção, não se examina a intenção das partes, mas a situação de sinalagma, isto é, a relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, à vista da concreta finalidade do contrato, considerado como um

constitui uma manifestação de confiança, mas correlaciona-se ao dever de respeitar situações que , podendo ser antijurídicas, são mesmo assim tuteladas pelo Direito, a exemplo do que ocorre com as situações de usucapião, casamento putativo, com a teoria da aparência, etc. Em sua clássica obra, Judith Martins Costa, entende a boa-fé subjetiva como a ideia de “íntima convicção” ou mesmo a análise da intenção do sujeito diante da relação jurídica, tendo o sentido de uma condição psicológica, ignorância de estar lesando o direito alheio. Assim a define: “ A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito aplicável [...] denota [...] a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável , acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião) , seja uma errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc) “ (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.411- 412)

³⁰⁵ Seguindo os ensinamentos de Menezes Cordeiro, pode-se afirmar que no Brasil, como em outros países, a Boa-fé, surgiu na fides romana, constituindo-se na base linguística e conceitual no Direito Civil. Os conceitos formais básicos do Direito Civil surgiram nos períodos arcaico e pré-clássico, e continuam animando o Direito até os dias atuais. Os elementos históricos revelam prismas semânticos distintos da fides primitiva, quais sejam : a) Fides - sacra, esta documentada na Lei das XII Tábuas, quando comina sanção religiosa contra o patrão que fraudasse a fides do cliente.; b) Fides - facto, tem esta denominação por se apresentar sem conotação religiosa ou moral, conduzindo-a a noção de garantia; c)Fides - ética, que implica no sentido de dever, ainda quando não recepcionada pelo Direito. A fides é a projeção de aplicações concretas prévias, atuando nas relações internas, próprias das cidades e seus habitantes, e nas externas, com outros povos. Em Roma, a fides recebia diferentes conotações: quando relativa às relações internas, envolvendo os acontecimentos referentes a Roma e seus habitantes denominavam-se de *cliens*, e nas relações externas, abrangendo as relações de Roma com os demais povos era chamada de fides promessa, e, a partir deste vetor, surgiu a ideia de garantia, ligada à palavra dada, dando vitalidade ao Direito civil. A evolução da fides exterior romana permite o seu confronto com outras instituições, especialmente a grega. Os gregos postulavam a autodeterminação dos povos, funcionando à base de acordo bilateral, vinculativo porque livremente aceito pelas partes, enquanto que no direito romano a fides tinha uma única fonte vinculativa, o *populus romanus*. A evolução do conceito de fides, não apagou a conotação mística, suscetível de provocar nas pessoas reações afetivas, por essa razão, foi largamente utilizada na política de dominação romana, que sempre se utilizava de uma linguagem justificadora e pacifista. Para dar maior efetividade, utilizou-se a adjunção do adjetivo *bona*. Para os romanos, não se concebia a força vinculativa de atos não formais. As necessidades do comércio a partir do século III a.C. fizeram uma alteração em razão das novas figuras jurídicas, acessíveis a *civis* e aos estrangeiros (*peregrini*), em razão da expansão comercial, especialmente com os estranhos à cidade. Surge então a consensualidade e a possibilidade de intervenção dos estrangeiros em esquemas jurídicos reservados aos cidadãos romanos (*ius gentium*). A partir desse ponto, essas figuras foram definitivamente acolhidas no Direito em que a criação do *praetor peregrinus* em 241 a.C. teve papel relevante na compilação justiniana, e nesse contexto a boa-fé é um conceito diluído, utilizado para traduzir situações jurídicas diferentes e, ainda, para expressar princípios gerais, sem separação clara de outros princípios. A *bona fides* criada pelo *praetor*, constituía o expediente técnico pelo qual o juiz decidia certas causas, tendo em conta, não a ocorrência eventual do fato central colocado como causa *petende*, mas, também, por outros fatos em conexão com o litígio, descendo até a substancia das questões. A evolução do *bonum et aequum* e da *equitas* levou os romanos a princípios de grande extensão, que se mesclaram com a *bonafides*, a qual passou a ser traduzida também como justiça, honestidade e lealdade. (Cf. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 53-89) .

processo, que, podendo transformar-se no tempo, deve, contudo, guardar, muito embora as eventuais vicissitudes sofridas em razão do seu transcurso, a mesma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação originalmente pactuada. Em outras palavras, não só o sinalagma genético, mas o chamado sinalagma funcional.

³⁰⁶

Desde logo, deve-se pontuar que a expressão abriga variados significados, “desenhando normativa proteiforme e multifuncional”, na feliz expressão de Judith Martins Costa. Essa doutrinadora, após considerar que tanto não se pode dissolver a expressão numa vagueza semântica, como não se pode submetê-la a uma plana subsunção, ou simplesmente utilizá-la indistintamente, para todos os males da realidade, afirma que a boa-fé objetiva serve para integrar a lei, apontando uma perspectiva substancial do ordenamento, e não meramente formal.³⁰⁷

Conforme expõe Frada³⁰⁸ as relações contratuais, ao invés de dependerem daquilo que as partes realmente quiseram, vinculam antes porque obedecem a parâmetros éticos jurídicos que se lhes impõem do exterior e configuram aquilo que essas relações podem ser (legitimando e delimitando o âmbito da autonomia dos sujeitos).

A boa-fé objetiva foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemã³⁰⁹ desde 1896, como standard de conduta leal e confiável, principio geral de cooperação recíproca entre as partes, independente de considerações subjetivas, representando o comportamento (ativo ou omissivo) pautado por certos valores socialmente significativos como a lealdade, fidelidade, probidade, cuidado no cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas, respeitando-se as expectativas razoáveis de ambas as partes.

Até a primeira guerra mundial se desenvolveu a fase concepcional, e, desde então, o preenchimento quantitativo do conceito e do seu conteúdo, realizando sua vocação de cláusula

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 420)

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2003, p. 231.

³⁰⁸ FRADA, Manoel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p 434

³⁰⁹ O #242 do BGB de 1900 dispunha “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Percebe-se que o pandectismo germânico concebeu o Código em atenção a um sistema fechado, portanto, em um primeiro momento, a boa-fé não logrou concretude. Como pondera Clovis do Couto e Silva, não se cogitou conceder ao juiz poderes extraordinários para criar o direito, reduzindo-se o rigor do direito formal. O #242 apenas servia como reforço material aos contratos. Por obra da doutrina e da jurisprudência alemãs, no entanto, nos anos seguinte à primeira guerra mundial, o principio da boa-fé se liberta da concepção axiomática originária, sendo preenchidos e sistematizados pela criativa atuação dos tribunais, traduzido em juízos de valor e fonte autônoma de direitos e obrigações. (Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol.4. Bahia: Editora Podium, 2013, p. 163.

geral ³¹⁰ apta a impor parâmetros de conduta para as relações sociais, sobretudo por meio de criação de direitos e obrigações anexas ao objeto do contrato, voltados a alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes ³¹¹.

As origens romanas da *bona fidei* a associam à equidade, à possibilidade do julgador valer-se de uma “bitola” lata de decisão, ou seja, de aspectos substanciais do caso concreto para decidir, atendendo ao fim econômico social do contrato. ³¹²

Sob a ótica da solidariedade, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, para desenfrear a autonomia privada dos contratantes. Atenta à importância desse referencial, Gisela Pignataro observa que a solidariedade social, por sua hierarquia constitucional, “qualifica o complexo das atividades juridicamente relevantes dos sujeitos”, constituindo a boa-fé “um aspecto do princípio geral (que) exprime a necessidade de um espírito de colaboração recíproco entre os contratantes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno desenvolvimento”. ³¹³

Emilio Betti a considera essencialmente “*una actitud de cooperación encaminhada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte*” ³¹⁴, independente do estado psicológico experimentado pelo outro contratante.

Nesse sentido, expõe Manuel Julio Gonçalves Salvador:

A entender-se que a boa-fé tem algum papel a desempenhar na interpretação então é de notar que se está face a chamada boa-fé objetiva, em que se exige que a

³¹⁰ Segundo Judith expõe Judith Martins Costa, “a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa, em primeiro lugar, que estas não possuem uma *fattispecie* autônoma, porquanto exigem a sua progressiva formação pelo Juiz mediante o já aludido reenvio a outras normas do sistema ou a padrões valorativos ou de comportamento, que, num primeiro momento, são extra sistemáticos. Em segundo lugar, significa que a estatuição fica ao encargo do Juiz, que, para estabelece-la, deve percorrer o ciclo do reenvio [...] os arquétipos de conduta ingressam no sistema através das cláusulas gerais, normas aptas a recolher e concretizar os padrões vigentes na sociedade, na medida em que consubstanciam modelos jurídicos complexos e de significação variável estatuidas em fontes legislativas, tem a sua *fattispecie* concretizada por fonte consuetudinária, jurisprudencial e negocial, sendo o seu enunciado propositadamente flexível para possibilitar a variabilidade de sua significação que lhes será dada pelas demais fontes já mencionadas. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p.332-334).

³¹¹ SCHEREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Renovar, p.78-79.

³¹² Cf. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 85. Esse mesmo doutrinador, informa que os *bonae fidei iudicia* distinguem-se dos *sticti iuris iudicia* no que se refere à extensão dos poderes decisórios conferidos ao árbitro, sendo mais ampla nos primeiros. Tratando-se de *bonae fidei iudicia*, o árbitro podia considerar a intenção das partes, sobrepondo-a ao formalizado no pacto sob julgamento. Restava, ainda, a esse árbitro a possibilidade de atenuar os aspectos formais, sobrepondo a lógica material da relação a letra fria da lei. A inserção da *fides bona* na fórmula denotava autorização para que o julgador tivesse maior campo de movimentação, o que tornava a interpretação um instrumento valioso para valorar aspectos substanciais do caso concreto (p. 82)

³¹³ Apud MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219.

³¹⁴ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, tomo I, trad., José Luis de los Mozos, Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1969, p. 101-102.

declaração de vontade contratual deve ser entendida segundo critério de recíproca lealdade de conduta entre as partes, ou confiança, e não aquele estado psíquico de ignorância de uma certa situação, que é o outro significado (o significado mais usual) de boa-fé.³¹⁵

Como esclarece Nalin³¹⁶, a boa-fé objetiva contratual preenche o espaço da vontade dos contratantes proporcionalmente a equivalência de forças na relação (quanto maior a equivalência, maior a autonomia; o papel da boa-fé se amplia quanto maior for a vulnerabilidade subjetiva de um dos contratantes), servindo de termômetro da legalidade das obrigações assumidas..³¹⁷

O doutrinador, com sua habitual proficiência, ainda sintetiza que o contrato obriga não porque resulte simplesmente da vontade (liberdade contratual), mas porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos, e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir segurança aos negócios celebrados. Isso porque, como fato social, o negócio jurídico é instrumento importante de distribuição de riqueza, o que significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade, mas no princípio da boa-fé.

Nesse compasso, Maria Pezzella traz contribuição importante sobre a dinamicidade e a totalidade das relações obrigacionais, ao afirmar que :

Em virtude da aplicação da boa-fé objetiva no direito das obrigações, a relação obrigacional passou a ser considerada como uma ordem de cooperação entre as partes para satisfazer os interesses do credor, com a necessária preservação também dos interesses do devedor [...], os direitos não se confinam apenas a um dos polos da relação, mas estendem-se também ao outro, com os deveres correspondentes, de modo que não mais se pode definir a relação jurídica linearmente, como mera soma de obrigações e direitos, uma vez que é uma totalidade, não se confundindo com os deveres principais que engloba.³¹⁸

³¹⁵ SALVADOR, Manuel Julio Gonçalves. *A boa-fé nas obrigações, natureza e definição*. In: *Revista dos tribunais*, ano 86. Porto: Sociedade de Papelaria, 1968, p. 13-14

³¹⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Pensamento Jurídico. Vol.II, 1 a edição. 2002. Ed. Juruá, p. 175. Ainda segundo esse autor seria a boa-fé antes elemento de materialização do negócio, que compõe o seu corpus, do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual, o que implicaria se apontar um contrato de boa-fé e não conforme a boa-fé.

³¹⁷ Para Frada, dada a dificuldade de precisar o significado dos ditames da boa-fé, é certamente mais fácil apontar as condutas com eles incompatíveis e dar destes uma noção positiva. A regra da conduta de boa-fé tem um conteúdo diversificado e aberto, ora impondo a ideia de proporcionalidade no exercício de posições relativas, ora representando exigências de consideração para com interesses alheios, ora reclamando coerência de comportamento e realizando brocardos como “*equity must come with clean hands*”, ora proscrevendo condutas desonestas em prejuízo de outros. Enfim, manifesta e incorpora uma pluralidade de valores suscetíveis de se articular entre si, o que faz dela uma realidade de conteúdo multipolar. (FRADA, Manoel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p 445)

³¹⁸ Cf. PEZZELLA, M. C. C. *A boa-fé no direito o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro*. Juris Síntese Millennium, Porto Alegre, p. 13, jul./ago. 2002.

Como se pode perceber, o ordenamento jurídico protege a liberdade contratual quando a considera socialmente útil, ou, no mínimo, quando não contrarie os interesses da sociedade. Sob esse gancho de pensamento, Judith Martins Costa contribui com a seguinte consideração:

[...]diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico [...].

Devendo o contrato ser caracterizado pela cooperação e colaboração entre seus contratantes, de uma forma sinalagmática e equilibrada, a boa-fé é justamente o corolário dessa atuação refletida das partes, na medida em que determina certos deveres, parâmetros objetivos de conduta, que, caso não seguidas, ensejarão consequências variadas, conforme o caso concreto.

Pode-se tratar, assim, a boa-fé objetiva como uma medida objetiva, um paradigma de conduta para as partes, uma medida de decisão, um instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo Juiz, na condição de cláusula geral ³¹⁹.

Assiste razão a Rosenvald quando diz que a boa-fé, no bojo da relação interna, prevalece como “standart ético que nos impele a ajustar o nosso comportamento a padrões de conduta pautados pela lealdade, honestidade e cooperação perante o *alter*, transformando toda e qualquer relação obrigacional em um momento de preservação de direitos fundamentais”. ³²⁰

Como alude Juliana Pedreira da Silva ³²¹, em razão do dinamismo social, o elemento volitivo nas relações jurídicas viu-se reduzido, fomentando a doutrina da objetivação do contrato, não apenas porque a declaração de vontade é mais relevante do que a vontade psicológica, mas, sobretudo, porque determinados comportamentos, não tradicionalmente tidos como declaração, mas coordenados entre si, podem ser objetivamente valorados. Assim,

³¹⁹ Na feliz expressão de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais são normas que: “[...] buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados [...]’, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes máximas de conduta, a constante formulação de novas norma”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.)

³²⁰ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.89.

³²¹ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico*. São Paulo. Editora Atlas. 2011., p. 16.

é a situação do contato social³²², que se perfaz mediante um complexo de circunstâncias e comportamentos, sobre cujas relações jurídicas decorrentes incide a boa-fé objetiva, e cujos níveis de concretização se refletem na intensidade dos deveres e reparações.³²³

Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectio contractus*, pois a existência de interesses opostos não pode impedir que cada contratante respeite o espaço ético, de lealdade e cooperação, até porque é essa postura que viabilizará o alcance de um ponto de equilíbrio, com cumprimento da função social interna e externa.³²⁴

Perceba-se que pela sua própria abertura³²⁵, e por carecer de concreção, a substância da boa-fé objetiva não pode ser previamente definida pelo ordenamento jurídico, fazendo-se necessária uma avaliação da moralidade em certo espaço social, consideradas as variantes históricas, culturais, econômicas e políticas, através de uma hermenêutica constitucional.³²⁶

³²² Clóvis V. do Couto e Silva propõe a utilização dessa expressão como *fattispecie* comum aos negócios jurídicos, aos atos ilícitos e aos existenciais, a fim de propiciar a sistematização das várias fontes de relação obrigacional das várias espécies que compõem o direito das obrigações. Tratando do “contato social”, verbevera que o conceito constitui uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da sociologia, relacionando-se com a teoria da associação. No plano jurídico é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, pois aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe contrato. Destaca que, na consideração de Emilio Betti, os deveres prévios à realização do negócio jurídico como antecipação à boa-fé contratual ou como seu efeito preliminar. E conclui que “Para que se possam submeter as lesões danosas que não decorrem de um ato ilícito absoluto ao império da reparação, é preciso dar-se a extensão ao conceito dano, como o faz Nipperdey, que vê nos direitos decorrentes do “contato social” mera causa de responsabilidade (Haftungsgrund). Os direitos que dela nascem assemelham-se aos provenientes de um contrato, mas seu suporte fático é de ordem delitual” (Cf. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 73/77).

³²³ Judith, ao abordar o contato social, diz que viver em sociedade significa a possibilidade de ter contatos sociais, embora não sejam estes uniformes. Os deveres abrangidos por essa *fattispecie* se apresentam em cada relação concretamente considerada com intensidade diversa. Um exemplo claro seria a responsabilidade de shopping centers pelo furto de automóveis ocorridos no seu estacionamento, considerado pela autora ato existencial decorrente do contato social, sem consideração da manifestação de vontade na formação do ato. Nessa situação, empresta-se ao ato a eficácia típica da responsabilidade contratual, com fundamento na confiança legítima, gerada pela boa-fé objetiva. (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 403/405).

³²⁴ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol.4. Bahia: Editora Podium, 2013, p. 173

³²⁵ As cláusulas gerais tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, entendida esta mobilidade como externa - abertura para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa - e interna (promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema) Mesmo autores emblemáticos como Claus Canaris e Antonio Menezes, críticos do raciocínio tópico, admitem o fato de sua irrupção, setorial, na integração de certas lacunas, no manuseio de conceitos indeterminados e na concreção das cláusulas gerais, a fim de ocorrer uma complementação mútua entre pensamento tópico e sistemático. (Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.341- p. 355).

³²⁶ Conforme assenta Judith Martins Costa “[...] certas normas carecem não apenas de interpretação, mas de concretização. [...] a disposição posta em termos semanticamente vagos necessita ser “tornada concreta”, o que significa que, para ser aplicável ao caso concreto, a disposição normativa deve ser primeiro pré-determinada. Esse processo de pré-determinação está nucleado na correlação tensional entre o “núcleo normativo” (o sintagma boa-fé) e a realidade, de modo que, ao mesmo tempo em que o interprete elucida, no caso, qual é a “norma de decisão”, estará desenvolvendo, materialmente, a espécie normativa”. Ainda segundo a doutrinadora, a

A propósito, Menezes Cordeiro ³²⁷ sintetiza essa ideia ao afirmar que “o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa ótica histórico cultural, a uma regra de atuação de boa-fé”.³²⁸

No Brasil,³²⁹ na esteira da relevância constitucional atribuída à proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor positivou a boa-fé objetiva, estabelecendo elo entre a proteção do consumidor e o manto axiológico do ordenamento jurídico, em cujo vértice encontra-se a dignidade da pessoa humana. Perceba-se que, a partir da forma como o legislador positivou a boa-fé objetiva, a tornou elo entre as relações negociais privadas e a normativa constitucional, justificando sua aplicação para além das relações de consumo.

No Código Civil de 2002, três são os dispositivos legais que contemplam a boa-fé objetiva como norma de conduta, e não como suporte fático, que pode ou não verificar-se: art. 113, 187 e 422. O cotejo desses artigos com o art. 2035, do Código Civil de 2002, deixa claro que a opção do legislador foi de ter a boa-fé como norma de ordem pública, de aplicação cogente e observância necessária em todas as relações obrigacionais e empresariais.

Compreendem-se no art. 422, do Código Civil de 2002 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, com também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os entabulantes, ainda não contratantes, podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes também respondem por fatos que decorrem do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais).

normatividade da boa-fé “apresenta-se como um processo, uma virtuosidade dinâmica da norma, considerada em sua relação com a realidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista brasileira de direito comparado, n.25. Rio de Janeiro : Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2003, p.243-234)

³²⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 632.

³²⁸ Assim, em sua fundamental atividade interpretativa, o aplicador do Direito deve buscar o conteúdo e concretização do enunciado de uma cláusula geral, analisando a situação concreta e todas as suas circundantes e a partir disso abrir o leque do sistema jurídico vigente, com seus valores, princípios e regras. Há muito a tarefa do julgador não pode se restringir à rígida subsunção, uma vez que se exige mais do que a mera aplicação da norma, numa concepção do sistema jurídico que possibilita uma abertura por via da qual se permite o ingresso de valores extrajurídicos .

³²⁹ Na legislação brasileira, o Código comercial, em seu art. 130, caput, I, previu a boa-fé como simples regra de interpretação, que se baseava na boa-fé subjetiva. O Código de Defesa do Consumidor, o acolheu como cláusula geral no art. 4, III, e no art. 51, IV. O Código Civil de 2002 , em seus arts. 113, 187 e 422 expressamente o previram como cláusula geral.

Encarada como topos subversivo ³³⁰ do direito das obrigações, a realizar a ética da solidariedade contratual, a boa-fé objetiva, tal como posta no referido art. 422, do CC, é fonte direta de deveres de conduta, critério e limites a confrontar as três fases do processo obrigacional: formação, realização da obrigação, momento pós extinção do vínculo. Dele também derivam princípios (transparência, confiança, equidade), que encerram o circuito da justiça contratual, refletindo o desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

Pode-se assim dizer que o princípio revitaliza-se em múltiplas funcionalidades jurídicas³³¹, quais sejam: a) a função criadora, de complementação ou concretização da relação, como fonte de novos deveres anexos (dever de informação, de segurança, de sigilo, de cooperação, etc.); b) a função limitadora dos direitos subjetivos ou posições jurídicas (sentido negativo ou proibitivo: redução de liberdades na atuação ao definir condutas e cláusulas abusivas, controle de riscos profissionais, etc.); c) função corretiva e de adaptação em caso de mudança de circunstâncias (para que o vínculo permaneça); d) a função interpretativa³³² ou de concretização da relação ³³³(correlação e adaptação da relação em caso de mudança das circunstâncias a permitir que o julgador adapte e modifique o conteúdo dos contratos, conforme a lealdade e honestidade das partes).³³⁴

³³⁰ Expressão utilizada por Judith Martins Costa, in *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 409. A mesma doutrinadora esclarece que a metáfora serve para acentuar a amplidão de temas e perspectivas suscitadas pelo princípio da boa-fé, bem como o giro que esse princípio promove nos postulados da dogmática clássica da relação obrigacional traçada por Savigny. (Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé e o adimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro. *Revista brasileira de direito comparado*. n.25, 2003, p.229-230

³³¹ A boa-fé assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, ou adaptando disposições normativas ultrapassadas à nova realidade científica ou social, ou, ainda, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou.

³³² Clóvis V. do Couto e Silva destaca a função hermenêutica da boa-fé, como forma de conferir justa medida à vontade que se interpreta, na medida em que o contrato não se constitui de duas vontades, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos, Nesse processo hermenêutico, destaca também a boa-fé como justa medida de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria, caso o interesse de ambas as partes não fosse considerado. O doutrinador deixa claro que é justamente por meio da interpretação da vontade que será possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. Sua órbita seria mais ampla que a interpretação integradora, em razão de assumir, muitas vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o nascimento até o adimplemento. (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação com processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.36)

³³³ Expressão utilizada por Claudia Lima Marques, a partir da doutrina alemã de Jauering e Volkommer. Esclarece a autora que a boa-fé é fonte de deveres “descobertos” na complementação, na fotografia da relação, que realiza o magistrado. (Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2011, p.220)

³³⁴ Cf. SCHEREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. p.. 80-84. Também NEGREIROS, Tereza, *Teoria do contrato: Novos paradigmas*. Rio de Janeiro, 2002, p. 119. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Observa que, para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda a

Os deveres de prestação, principais ou primários, constituem o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo contratual. Os deveres secundários, por sua vez, podem ser meramente acessórios da obrigação principal, com prestação autônoma, ou, ainda, autônomos ou coexistentes com o dever principal.³³⁵ O que importa fixar, entretanto, é que a exigência de que as partes se comportem de forma a cooperar e proteger reciprocamente, conforme as circunstâncias concretas da situação, em vista do fim do contrato, dada a relação de confiança, deságua na imposição de deveres instrumentais ou acessórios³³⁶, que variarão conforme o tipo do negócio envolvido.³³⁷

Esses deveres são derivados de cláusula contratual ou dispositivo de lei ou da incidência da boa-fé objetiva, podendo situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo dítos avoluntarísticos, nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes.

São deveres que, por estarem atrelados a conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, terão seus conteúdos desenvolvidos a partir de cada situação prática, pois o que pode ser dever acessório de uma determinada obrigação principal pode não ser de outra.

A concretização desses deveres instrumentais põe em relevo a concepção da relação obrigacional como totalidade e como um processo, já que, em regra, “aparecem como elementos de um processo em desenvolvimento para um determinado fim”³³⁸, e só restará evidenciada se bem compreendida essa perspectiva.

inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. Desse modo, a expectativa de um comportamento adequado, por parte do outro, é um comportamento indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*), bem assim no seu desenvolvimento. Este dever de comportar-se de boa-fé se projeta nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé. (Cf. AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991).

³³⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 438.

³³⁶ Conforme expõe Judith Martins Costa, antes a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras do abuso de direito (situada no plano da ilicitude, se limitando à questão da regularidade do exercício) e da *exceptio doli*. Entretanto, essas figuras acabavam dificultando a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, ainda marcados pela relação de dogma de vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Na concepção da autora, justamente por isso, existiria uma tendência de sistematização dos casos através da boa-fé objetiva, trazendo um caráter mais técnico para a análise, a se dar além dos valores éticos e permitir um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico. (Ibid. p.456).

³³⁷ Cf. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé e o adimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro. *Revista brasileira de direito comparado*. n.25, p. 244-245, 2003.

³³⁸ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 289

A propósito, na trilha do ensinamento de Vera Maria Jacob de Fradera

O ponto de partida para a compreensão do dever anexo ou secundário é analisar a relação jurídica vista como uma “totalidade” e o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como “ ordem de cooperação”, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional, credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na consecução do adimplemento fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação³³⁹

No rol dos deveres³⁴⁰, destacam-se os deveres de cuidado, providência e segurança, a denotar que as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, devem evitar danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios³⁴¹, cooperando com a segurança e proteção uns dos outros; os deveres de aviso e esclarecimento, que obrigam as partes a mutuamente informarem-se de todos os aspectos atinentes ao vínculo³⁴²; os deveres de lealdade³⁴³, obrigando as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio jurídico ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado, além dos deveres positivos; os deveres de informação, a garantir a igualdade material das partes; os deveres de omissão e de segredo, que estão estreitamente vinculados ao dever de lealdade e ao dever de informação, todos incumbindo a ambos os contratantes.

Frise-se que o dever de informação é anexo a toda a relação contratual, desde seu nascedouro até o seu pós-exaurimento, e traduz o primado da transparência. Daí asseverar Cordeiro Menezes³⁴⁴ que os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir.

Nesse toar, Claudia Lima Marques observa que a imposição legal quanto ao dever de informação sobre o produto ou serviço converteu a regra do “*caveat emptor*” para a do “*caveat venditor*”, não se admitindo mais sequer o *dolus bonus* do fornecedor.³⁴⁵

³³⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob. O dever de informar do fabricante. *Revista Direito do Consumidor*, v. 4, p. 176.

³⁴⁰ Classificação trazida por Judith Martins Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 439.)

³⁴¹ Cf. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 604

³⁴² *Ibid.*, p. 605

³⁴³ *Ibid.*, p. 606-607.

³⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, op. cit, p. 605-607.

³⁴⁵ Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor : o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2011.

Desse modo, romper os deveres anexos significa a ruptura do vínculo de confiança entre as partes, por meio de conduta desleal, e, portanto, o abalo da própria finalidade do contrato, podendo resultar em consequências negativas à circulação de riquezas, sobretudo porque os contratos são seu maior veículo.

Ademais, o princípio da boa-fé está diretamente relacionada com a teoria do abuso de direito³⁴⁶ na sua função de limitar ou impedir exercício de direitos subjetivos, ante a “disfuncionalidade de comportamentos jussubjeticos”³⁴⁷.

Assim, a maior ou menor atuação da boa-fé objetiva e o maior ou menor espaço de exercício concedido à autonomia negocial estão em direta dependência da estrutura, horizontalizada ou verticalizada, simétrica ou assimétrica, subjacente à relação jurídica em causa. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior será o espaço da autonomia negocial e com menor intensidade incidirá a boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos, formativos e posições jurídicas. Inversamente, quanto maior a assimetria (jurídica, econômica, informativa ou política) mais diminuto será o espaço de exercício da autonomia, e mais fortemente serão irradiados os deveres e limites decorrentes da boa-fé.

Observe-se que a teoria do abuso de direito resulta de uma concepção relativista dos direitos, traduzindo formula elástica para reprimir as ações discrepantes do novo sentido emprestado ao comportamento social.

Pode-se afirmar que um sujeito incide em abuso de direito quando exceda os limites do exercício do direito subjetivo, deixando-o em desconformidade com o sentido teleológico,

³⁴⁶ Segundo Menezes Cordeiro, a expressão abuso de direito deve-se ao autor belga Laurent, e foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas na França, nas quais o tribunal, embora reconhecendo na questão de fundo a excelência do direito do réu, veio a condenar, diante de irregularidades no exercício desse direito. O doutrinador deixa claro que, na justificação do abuso de direito, a doutrina francesa não recorre à lei (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 670-671). Orlando Gomes leciona que a teoria do abuso de direito foi construída pela doutrina e jurisprudência ao longo do século XX, e seu *leading case* ilustrativo foi o do caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu injustificadamente torres com lanças de ferro, expondo a perigo as aeronaves que se valiam do terreno para aterrissar. Ao julgar a demanda, a corte entendeu abusiva a conduta do titular da propriedade, declarando abusivo o exercício do seu direito de propriedade. (GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 20. ed., São Paulo: Forense, 2010, p. 133).

³⁴⁷ Expressão utilizada por Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 882). O autor ainda menciona a definição de Castanheira Neves: “considera abuso de direito o comportamento que não contrariando a estrutura formal-definidora de um direito viole ou não cumpra, no seu sentido concreto – materialmente realizado, a intensão normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado”(*Ibid*, p. 866)

pois como coloca Heloisa Carpena³⁴⁸, “o fim social ou econômico de um direito subjetivo não é estranho a sua estrutura, mas elemento da sua própria natureza”.

Assim, a essência do abuso do direito está no confronto entre exercício formal do direito e o seu fundamento valorativo, sem considerações de ordem psicológica.³⁴⁹ Ou seja, concretamente, o sujeito não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende os seus fundamentos materiais, por negligenciar o elemento ético, ensejando o uso antifuncional do direito (subjetivo ou potestativo).³⁵⁰

No ordenamento pátrio, o Código Civil de 2002, em seu art. 187, inspirado no art. 334, do Código Português³⁵¹ prescreveu ser autor de ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes³⁵², ou seja, referiu-se à ilicitude do exercício de direitos em contrariedade aos ditames da boa-fé, quando houver quebra de confiança e frustração das legítimas expectativas.

Nesse rumo, Teresa Negreiros, com sua peculiar habilidade, observa que:

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário a boa-fé, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.³⁵³

³⁴⁸ Cf. CARPENA, Heloisa. Abuso de direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

³⁴⁹ Nesse sentido o enunciado 37, da Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”

³⁵⁰ Mario Júlio de Almeida Costa entende que a palavra “direito” referida no art.334, do Código Civil Português, em que se inspirou o art. 187, do CC brasileiro, abrange o direito subjetivo e o direito potestativo. (Cf. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 74.). No tocante ao abuso de direito potestativo, vale lembrar que o art. 473, § único, do CC/02, suspende a eficácia do direito potestativo à resilição unilateral por um dos contraentes, enquanto não for superado um lapso temporal suficiente à outra parte se compensar quanto aos investimentos efetuados na execução do contrato.

³⁵¹ Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

³⁵² Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves distinguem a boa-fé dos bons costumes, frisando que nem toda infração à boa-fé é ofensa aos bons costumes, mas a conduta imoral atinge a boa-fé. Segundo os doutrinadores, no imaginário coletivo, a boa-fé e os bons costumes não seriam conceitos distintos, porquanto ambos emanam de um anseio ético, convergindo em um mesma linha moral. Por outro lado, se é verdade que ambos tangenciam a linha da moral e se direcionam à satisfação de anseios gerais, os bons costumes, no entanto, surgem como algo exterior, exprimindo a moral social, a ponto de expressar regras impeditivas de comportamentos que não recebem consagração expressa por determinada coletividade, a certo tempo, ao passo que a boa-fé é algo interior ao ordenamento jurídico, que, com base em comportamentos típicos, será sistematizada mediante a criação de esquemas normativos de atuação. (ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Vol.1, 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 699).

³⁵³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

O CDC, entretanto, foi pioneiro ao cuidar do abuso do direito, fulminando de nulidade as cláusulas abusivas (art. 51), que colocam o consumidor em situação de desvantagem; protegendo contra publicidade enganosa e abusiva (arts. 6, IV e 37, 60, 67) ; desconsiderando a personalidade jurídica da empresa (art. 28).

Aliás, foi com base no princípio da boa-fé que se desenvolveram as teorias dos atos próprios, as quais proscrevem a duplicidade de comportamento, seja na hipótese de *tu quoque*³⁵⁴ (“ traduz o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído “) , de *venire contra factum proprium*³⁵⁵ (comportamentos individualmente considerados regulares , mas que tomados em conjunto denotam quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante), *supressio*³⁵⁶ (situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido por certo lapso de tempo, não pode mais sê-lo), *surrectio* (exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do contratado ou do ordenamento, implicando nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro), e é com esteio nesse mesmo princípio que se pode invocar a violação positiva do

³⁵⁴ Conforme expõe Menezes Cordeiro: “Está em jogo um vector axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur ou equity must come with clean hands*. A sua aplicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p 837). O art. 476, do CC/02 é um claro exemplo de aplicação concreta da regra do *tu quoque* : “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação , pode exigir o implemento da do outro”.

³⁵⁵ A locução traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, voltando-se contra as expectativas justificadamente criadas, e, que, por isso mesmo, é inadmissível. (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil* . Coimbra: Almedina, 2013, p. 742). Os artigos. 473, § único e 619, do CC/02 traduz aplicação desse princípio. Na doutrina, Judith Martins Costa exemplifica o princípio com a situação de uma vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias , que não poderá cancelar os pedidos ainda não recebidos , inviabilizando a normal continuidade dos negócios (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p .466)

³⁵⁶ A denominação “*supressio*” foi primeiramente utilizada por Menezes Cordeiro, que assinala o emprego impróprio, em língua latina, de outras denominações como “decadência”, “preclusão”, e outras. Segundo Judith Martins Costa, o instituto nasceu na Alemanha e as primeiras decisões que a consagram datam de 1873, sendo atribuída a uma demora desleal no exercício de direitos. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2003, p 267). Alerta que a doutrina exige para a sua configuração o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e o desequilíbrio , pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor . (MARTINS-COSTA, Judith. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson (coord.). *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219)

contrato (a obrigação principal é cumprida, mas inobservados deveres anexos)³⁵⁷, exceção da quebra antecipada do contrato³⁵⁸, o adimplemento substancial (ou *substancial performance*)³⁵⁹, e a teoria do *duty to mitigate the own loss*.³⁶⁰

Sem digressões transbordantes, a fim de não fugir do objeto da presente pesquisa, importante é registrar que a aplicação dessas teorias, na prática, deverá, segundo as peculiaridades do caso tratado, considerar os parâmetros de lealdade, honestidade, cooperação, todas expressões características da boa-fé objetiva.

Enfim, assumindo o status de cláusula geral³⁶¹, a boa-fé é elemento essencial de materialização do negócio jurídico, tendo o condão de proporcionar uma abertura e mobilidade ao direito, isto é, uma noção substancial do direito.

³⁵⁷ A violação positiva do contrato corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de deveres laterais, afetos ao exercício da boa-fé a salvaguarda da confiança alheia. Embora o CC/02 não trate expressamente dela, a jurisprudência e doutrina a acolhem, numa correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva, pela abertura do art. 422, do CC/02.

³⁵⁸ A boa-fé objetiva permite invocar a exceção de contrato não cumprido em relação a contrato cujo inadimplemento somente no futuro estaria configurado, inevitavelmente, ou seja, em hipótese de quebra antecipada do contrato. Evita-se procrastinar a espera de um termo contratual que não terá a menor utilidade ao credor, pois evidente o inadimplemento, minorando os efeitos nocivos do descumprimento (Vale a pena conferir o julgamento do. Resp.309.626). Anelise Becker entende imperativo o direito à resolução do contrato nessa hipótese, “máxime no momento em que ele, por sua vez, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura, da qual é credor, porém já tendo sobre ela impendente a afirmação categórica ou indícios claros que não será cumprida” (BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. n.12, out-dez. São Paulo: RT, 1994, p. 78)

³⁵⁹ Vigé o enunciado 361, da Jornada de Direito Civil:“ O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Assim também o enunciado 371, da Jornada de Direito Civil: “ A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva” . Ensina Couto e Silva que o adimplemento substancial constitui o “adimplemento tão próximo do resultado final, que , tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização”, para garantir o equilíbrio contratual. (COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In : FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org) . *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 33-58, p. 45) . Observa Anelise Becker que “ o princípio da boa-fé objetiva aí atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa-fé eximente ou absolutória) como causa de limitação ao exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 9, n1., nov. 1993, p. 70). Para Daniel Ustároz, o adimplemento substancial evidencia que se torna mais econômico ao direito resguardar o contrato e forçar o seu cumprimento a simplesmente apaga-lo do mundo jurídico (USTARROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2010, p. 266) . Vale a pena também conferir :SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HINORAKA, Giselda Hinoraka; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 125-146.

³⁶⁰ O enunciado 169, do Conselho de Justiça Federal enuncia que: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Significa, portanto, que o credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado, pois a negligência danosa é ofensiva ao princípio da confiança. O superendividamento é exemplo dessa modalidade. No momento em que o banco concede crédito ao cliente que já se encontra em dívida, amplia-se a chance de sua insolvência. Impõe-se então ao credor o dever de mitigar os danos do devedor.

Nesse sentido, Judith Martins Costa pontua que as cláusulas gerais tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, entendida esta mobilidade como externa - abertura para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa – e interna - promoção do retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema. Mas lembra que, tradicionalmente, no entanto, para as cláusulas, tem sido sublinhada a primeira acepção, constituindo instrumentos legislativos hábeis para reação às modificações sociais, legitimando o juiz a produzir normas que valem para além do caso concreto, e cuja síntese traduzem o ponto de partida, o ponto de apoio, permitindo o trabalho de adequação valorativa às novas circunstâncias.³⁶²

Por isso, a doutrinadora, ao analisar a operatividade da boa-fé no processo obrigacional, considera esse princípio uma norma proteiformica, num sistema necessariamente aberto, que objetiva ser

o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista de direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores [...].³⁶³

Ripert³⁶⁴, defendendo a importância da defesa dos contraentes em situação de vulnerabilidade ou inferioridade, que acabam sendo explorados pela outra parte mais forte, ensina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade das prestações pode ser reveladora da exploração dos fracos, questionando os acordos como a expressão da vontade demasiadamente poderosa, em detrimento de uma vontade enfraquecida. Nesse contexto, a boa-fé objetiva presta-se a evitar que a conduta maliciosa do interessado prevaleça, servindo de parâmetro na interpretação judicial.

³⁶¹ Segundo Martins Costa, pode-se distinguir três espécies de cláusulas gerais, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o § 2º, do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária”.

³⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 341-342

³⁶³ Ibid, p.382

³⁶⁴ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 24.

Não é por outro motivo que Menezes cordeiro ³⁶⁵ afirma não ser possível determinar áreas imunes à boa-fé, que estará sempre disposta a reduzir a margem de discricionariedade em razão da funcionalidade e eticidade contratuais.

Mas é importante observar que a utilização dessa “norma- princípio” pelos operadores do direito, em especial o julgador, não deve prescindir da reflexão e ponderação necessárias, precatando-se situações de mero decisionismo ou voluntarismo, ofensivas aos valores da Democracia, sobretudo porque a invocação da boa-fé deve estar contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade , estrutura e funcionalidade. ³⁶⁶

3.4.2.2 Função social

No paradigma voluntarista, o contrato se qualificava como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade, observada em três momentos: a) liberdade de contratar, no sentido positivo (livre escolha do parceiro e estipulação do conteúdo do contrato) e negativo (liberdade de não contratar); b) intangibilidade do pactuado (*pacta sunt servanda*), o que significava que o contrato era justo por emanar da vontade de pessoas livres, e, assim, só podia sofrer apreciação judicial formalista e não substancial); c) relatividade contratual (vinculava as partes , sendo infenso a terceiros).³⁶⁷

Porém, os signos da modernidade sucumbiram no *welfare state*, e, mais recentemente, com a filtragem do direito civil a partir da axiologia constitucional (ou constitucionalização do direito civil), que deu os firmes contornos do contrato como instrumento de tutela da pessoa humana, verdadeiro suporte para seu livre desenvolvimento, inserindo a pessoa humana numa sociedade iluminada pelo primado da solidariedade, na qual o “estar para o outro” traduz uma senda hermenêutica das situações patrimoniais. ³⁶⁸

A partir da superação do discurso individualista, e, conseqüentemente , da socialização dos contratos, a característica diferenciadora destes passou a ser a função social que desempenhavam, e não mais a autonomia da vontade, o que, no direito brasileiro, encontra

³⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 649

³⁶⁶ Hannah Arendt já dizia que a “imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de verdades que se tornaram triviais e vazias parece ser uma das principais características do nosso tempo.”(ARENDR, Hannah. *A condição humana*, 5.ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 13.

³⁶⁷ Cf. ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: *Direito Contratual: temas atuais*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 82.

³⁶⁸

estofos naturais nos preceptivos insertos nos arts 1, IV, 3, I e IV, 5, XXIII, e 170, caput e III, da Constituição Federal. Daí se dizer que, a partir desses referenciais, os contratos devem se estabelecer em uma ordem social harmônica, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade.³⁶⁹

Pode-se asseverar, portanto, que os valores constitucionais e os princípios infraconstitucionais privados, dentre os quais a solidariedade e a boa-fé objetiva, revelam-se como o melhor esteio teórico para se descrever a função social do contrato, verdadeiro limite da autonomia privada, em prol da coletividade.

Situada no pórtico da disciplina contratual³⁷⁰, a cláusula geral da função social do contrato é uma verdadeira condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, a fim de compatibilizá-lo com as exigências da socialidade (conotação adjetiva). Mas também é elemento integrante do conceito de contrato (conotação substantiva), levando ao entendimento da restrição a liberdade contratual como expressão da função metaindividual que integra esse direito.

Nesse pulsar, calha destacar o escólio de Judith Martins Costa:

Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificada da norma, em vez de já estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e doutrina, no apontar de exemplos.³⁷¹

Giselda Novaes Hironaka, aproximando a funcionalidade do contrato ao princípio da igualdade, afirma que a doutrina da função social emerge como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de forma a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, também, em igualar os sujeitos de direito, de forma que a liberdade de cada um, seja igual para todos.³⁷²

³⁶⁹ Cf. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p.219.

³⁷⁰ Nelson Rosenvald, observando a localização da norma, diz que o destaque é justificado, por demonstrar-se imprescindível a conjugação entre princípios da liberdade e solidariedade. (ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flavio Tartuce (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 84)

³⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p 160.

³⁷² HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. Função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, n 45, p.141-151.

Enzo Roppo, ao abordar as funções do contrato na sociedade capitalista, alinha-se na disposição de que a disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstrata dos contratantes, determina a disparidade de poder contratual, evidenciando partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos. Segundo o doutrinador italiano, é isto o que se procura dissimular, com lastro nos princípios da liberdade contratual e de igualdade dos contraentes, face à lei, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica.³⁷³

Nessa linha de intervenção doutrinária, Menezes Cordeiro dispara

Quando o Direito atribua ou reconheça às pessoas espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referencia a uma função social e econômica exprime a ideia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento econômica.³⁷⁴

Desse modo, é a função social, enquanto limitação qualitativa, que servirá como novo paradigma para a conformação dos princípios individualistas da autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e da relatividade dos mesmos aos valores sociais inaugurados na nova ordem constitucional, que colima a primazia dos valores existenciais e solidaristas.³⁷⁵

A propósito, foi muito feliz a colocação de Pablo Rentería³⁷⁶ no sentido de que a função social e a autonomia privada estão intrincados como duas faces de uma mesma moeda, porque a finalidade social é o próprio título justificativo do ato de autonomia privada, ou, dito de outro modo, a autonomia privada está vinculada à realização de um programa axiológico constitucional.

³⁷³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.38

³⁷⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p.

1231

³⁷⁵ Cf. MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p.280.

³⁷⁶ Ainda para o doutrinador, a vinculação do ato à sua finalidade social permite que se recrimine certos atos que, embora situados dentro dos limites externos fixados pela ordem pública, se mostram contrários a essa finalidade. Assim, todo ato de autonomia, portanto, deve se ater aos limites internos traçados pela sua própria finalidade, pois, como prescreve o art. 421, do Código Civil, a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato. Outrossim, entende que a noção de causa do contrato contribui para que se tenha um método mais técnico e operacional para efetivar a funcionalização da relação contratual, trazendo conteúdo dogmático àquilo que a função social do contrato poderia apresentar de volúvel. (RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 295-313)

Todo esse funcionalismo, em contraposição ao estruturalismo, leva à admissão da vontade como suporte fático, desde que devidamente acrescida à regulamentação legal, a fim de que, efetivamente, realize interesses dignos de tutela pelo ordenamento, e conceda juridicidade e justificativa social ao negócio jurídico.³⁷⁷

Ressalte-se que a função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a ideia de socialidade, a qual, ao lado da eticidade e operabilidade, traduz os valores que nortearam a elaboração do novo Código, denotando o prevalectimento dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem, no entanto, suprimir a ideia de que o ser humano é o valor-fonte da hierarquia dos valores.

No que toca ao crédito como fenômeno social, o epicentro do contrato se desloca do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um diálogo entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e as finalidades sociais programáticas do ordenamento, até porque, como já dito reiteradamente, o negócio jurídico passa a ser encartado como um espaço promocional dos fins reputados valiosos pelo corpo social.³⁷⁸

Nesse contexto, a partir das aspirações éticas do sistema jurídico, a função social do contrato vem legitimar a liberdade contratual, ou seja, o seu conteúdo ou substrato. Esse é o norte do art. 421, do CC/02³⁷⁹, que estabelece instrumentos de heterointegração do conteúdo contratual, e que, por conseguinte, deve ser emoldurado numa linha de interpretação conforme a constituição, inibindo abusos cometidos em nome da liberdade contratual, em prestígio a construção de uma sociedade solidária.

Valorosas são as considerações de Maria Celina Bodin de Moraes, quando propugna o reencontro do direito privado com a noção de causa, entendida esta como as razões perseguidas pela parte e as suas finalidades perante o meio social³⁸⁰:

³⁷⁷ Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “A força normativa do contrato é conferida pelo ordenamento, sendo a vontade o seu suporte fático. Quer dizer, a utilidade deverá se conformar com as aspirações éticas do ordenamento. O “porque” (do contrato) e o “para que” serve o contrato é o problema de sua causa. Este é o elemento que lhe concede ou denega juridicidade. Ademais, servirá para delimitar e qualificar o contrato, especificando os seus efeitos” [...] O poder jurígeno da vontade não é mais originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado em prol das finalidades heterônomas.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v.4, 3.ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013, p. 144)

³⁷⁸ O comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico, e, conseqüentemente, a riqueza não mais se concentra na propriedade física. Desse modo, não há mais interesse na confiabilidade e solidez dos bens de raiz, até porque as oportunidades surgidas em solos distintos deslocam naturalmente os interessados, e a lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens. (Cf. ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 228)

³⁷⁹ Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

³⁸⁰ Cf. ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 87.

O ordenamento jurídico civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos tão somente a vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nessa linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, por meio dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”, embora talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “ não cumpre a sua função social.”³⁸¹

Nessa mesma linha de intelecção insere-se Rosenvald, para quem a função social “se converte na própria *ratio* de qualquer ato de autonomia privada, não mais com limite externo e restritivo à liberdade do particular, mas como limite interno hábil a qualificar a disciplina da relação negocial a partir da investigação das finalidades empreendidas pelos parceiros por meio do contrato.”

A propósito, doutrinariamente, costuma-se referir-se à função social interna e função social externa.³⁸²

Pode-se dizer que a função socioeconômica do contrato, no seu aspecto interno (endógeno), reside na sua utilidade à satisfação dos interesses das partes, e não de uma só, de modo que, se um negócio, que, em princípio decorre do acordo de vontades de duas pessoas, funciona ou serve a apenas um dos polos, não atende a sua função interna, não havendo justificativa social ou jurídica para sua tutela ou manutenção.³⁸³

No seu aspecto externo (exógeno), a função social vem denotar um diálogo de cooperação entre os contratantes e os “terceiros”. Assim, apenas quando o exercício da liberdade for socialmente útil ou, ao menos, não contrarie o interesse da sociedade, merecerá proteção do ordenamento. Veda-se, por conseguinte, que um ajuste, ainda que surgido do mais puro e perfeito acordo de vontades venha a causar externalidades, danos a terceiros, que, embora alcançados pelo contrato, não figuram efetivamente como partes. Como dispõe

³⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.21, jan./mar, p. 102, 2006.

³⁸² Humberto Theodoro Neto, entretanto, entende a função social interna como uma superfetação, por não passar de uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva, entendida como uma “confiança adjetivada”, uma atuação refletida no cuidado com o parceiro contratual. (NETO, Humberto Theodoro. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154). Luis Renato Ferreira da Silva também se posiciona dessa forma quando afiança que o binômio cooperação/solidariedade pode ser considerado dentro da relação contratual, por meio do princípio da boa-fé (art. 422, CC/02), e quanto aos reflexos externos da relação contratual, que impõem comportamento solidário cooperativo, por meio da função social do contrato (art. 421, CC/02) (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.).

³⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.19-39. No mesmo sentido o enunciado 360, aprovado na IV jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”

Rosenvald, quanto aos deveres de conduta, o dano eventualmente causado a terceiro implicará responsabilidade para as partes.³⁸⁴

Nelson Rosenvald entende que a função social se autonomiza pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre partes e a sociedade, se comprazendo imediatamente com o paradigma da socialidade, ao passo que a boa-fé é horizontal, concernente às relações internas dos contratantes, se comprazendo com a diretriz da eticidade. Os dois princípios atuam em caráter de complementariedade, como emanações do princípio da solidariedade, e limites da autonomia privada. Mas, ainda segundo esse doutrinador, tomada a função social como causa, no espaço endógeno da relação, pode incidir a boa-fé objetiva e simultaneamente uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que este deveria ostentar.³⁸⁵

Perceba-se que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato oponível erga omnes, na qualidade de situação jurídica merecedora de tutela. Isso quer significar que todos têm o dever de se abster da prática de atos que sejam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios.³⁸⁶ A tutela externa do crédito colima, portanto, a proteção desses direitos contra ofensa de terceiros que impeçam o devedor de cumprir a obrigação assumida.³⁸⁷

³⁸⁴ Imagine-se um imóvel que tenha no piso térreo uma oficina mecânica, e no primeiro andar, um consultório médico. A atividade ruidosa do mecânico é uma externalidade para o médico, assim como a exigência do médico de obrigar o mecânico não produzir ruído é uma externalidade para este. Imagine-se, outrossim, a inevitável poluição gerada por uma indústria nas redondezas. Não sendo possível a não produção de poluição, a solução a ser adotada será a imposição de compensações aos prejudicados pelo exercício do direito do causador da externalidade. Pode-se destacar também o § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, que permite ao CADE autorizar atos de concentração previstos no *caput* do art. 54, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. O § 2º do art. 54 permite a aprovação de atos de concentração, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

³⁸⁵ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.90.

³⁸⁶ O Direito permite, por exemplo, que contratos de aquisição, fusão, *joint ventures*, cooperativas e *franchising* sejam realizados. Mas, por outro lado, quando esses contratos produzem externalidades, exige-se que a sociedade não seja prejudicada, ou, em determinados casos, que a sociedade participe das vantagens da celebração desses contratos, como forma de compensação pelas perdas que sofrerá por força das externalidades. Nessa perspectiva, a liberdade de contratar será exercida na acepção "positiva" do termo.

³⁸⁷ Eduardo Santos Junior trata da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito do crédito como solução equilibrada ao valor da justiça, harmonizando os princípios da reparação do dano e da liberdade contratual. Segundo ele, o terceiro não tem o dever de conhecer a existência do crédito, mas quando o conheça na sua "existência e configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como

Pode-se encerrar dizendo que, como o negócio jurídico não consagra um “querer no vazio”³⁸⁸, ele somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar as finalidades heterônomas propostas pelo ordenamento jurídico e sua roupagem axiológica.

3.4.2.3 *Justiça contratual.*

A efetivação da justiça contratual exige que o respeito à força obrigatória se sujeite a um pressuposto prévio: a presença e/ou a manutenção da equivalência entre as prestações reciprocamente consideradas em “perspectiva genética e funcional”, resultado de um tempo de maior preocupação com a realização dos conteúdos substanciais do direito material, e não uma segurança jurídica formalista, de subsunção legalista, que revele a segurança do direito e não o valor da segurança no direito.³⁸⁹

Superadas as teorias patrimonialistas, percepções reducionistas ou puramente estáticas do fenômeno obrigacional dificultam a sua compreensão numa arquitetura promocional.

Longe de identificar-se com o vínculo jurídico, que permite ao credor exigir do devedor o desempenho de uma prestação, também deverá ser equalizada pelo respeito ao devedor, em prol da solidariedade social, cooperação e justiça comutativa e social, tendo-se em mira certo julgamento ético, numa relação obrigacional como processo dinâmico e suscetível às contingências da vida, no tempo e no espaço.

Ademais, as noções de liberdade e igualdade forcejam simultaneamente a construção do princípio da justiça contratual.

Seguindo o escólio de Hannah Arendt, “a igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto ela é orientada pelo princípio da justiça”³⁹⁰.

Portanto, a relação jurídica privada que implicar distribuição desigual poderá ser

um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então a sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma condição de oponibilidade efetiva do direito de crédito a terceiros” (SANTOS JUNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 582.)

³⁸⁸ BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Lima : Ara Editores, 2001, p. 54

³⁸⁹ Cf. BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas: responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006. Vol.5, p. 363 - 366

³⁹⁰ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989, p. 335.

considerada arbitrária ou desprovida de razão, e, conseqüentemente, de justiça.³⁹¹

3.5 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PARTIDA E CONSEQUÊNCIA DA NOVA TEORIA CONTRATUAL.

3.5.1 A Justificativa histórico e social da proteção do consumidor

Consultando os anais históricos, percebe-se que foi a partir da revolução industrial, iniciada na segunda metade do século XVIII, na Europa, e as transformações do liberalismo econômico, ocorridas nos séculos XIX e XX, que a sociedade de consumo ganhou seus fortes contornos, e a tutela jurídica do consumidor seus primeiros passos.³⁹²

Um primeiro ciclo histórico da sociedade de consumo perdurou do ano 1880 até a Segunda Guerra Mundial, e foi marcado pelo avanço das estruturas de comunicação e transporte, a exemplo dos correios, o telégrafo, o telefone e as estradas de ferro, além da fabricação encadeada de automóveis e aviões. Todos esses novos recursos tecnológicos permitiram o crescimento do comércio em larga escala e a ampliação da rede de comunicação entre os povos.³⁹³

Nessa fase, o maquinário industrial e os fluxos migratórios da Europa para as Índias e da Índia e China para o hemisfério sul, viabilizaram o aumento da produtividade em massa e padronizada, o acesso à mão de obra farta e barata, e, conseqüentemente, a redução dos custos, tornando os bens acessíveis a uma parcela maior da população³⁹⁴.

Como consequência da produção padronizada, surgem também os contratos padronizados ou estandarizados, símbolos de uma nova forma de ser e estar na sociedade de consumo. Percebe-se que estandarizaram-se, sobretudo, os títulos de crédito, que, pelo seu

³⁹¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

³⁹² Segundo Marcelo Gomes Sodré: “Se a sociedade de consumo surgiu entre os séculos XVIII e XIX, as primeiras entidades de defesa dos consumidores aparecem na década de 20 do século XX e as primeiras leis efetivamente de proteção do consumidor depois dessa década. Até então existiam apenas alguns julgados que pautavam por este objetivo. A organização da sociedade é quase sempre lerda em seu nascimento (e o direito é mais lento ainda, pois nasce quando o conflito já existe em grande escala na sociedade). A construção da chamada proteção dos consumidores nos países de primeiro mundo foi um processo lento que começou no início do século XX, ganhou impulso após a Segunda Guerra Mundial, com a explosão da chamada sociedade de consumo e se consolidou somente nas décadas de 70/80” (SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12-13)

³⁹³ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 26-31.

³⁹⁴ De modo expressivo, só se identifica a aquisição de bens pela população em geral na segunda fase, quando se percebeu um incremento nos salários e uma maior diminuição dos custos da produção em virtude da adoção do modelo tayloriano- fordista.

próprio papel de instrumento de mobilização e multiplicação de riquezas, tendem a assumir vestes de títulos de massa.

O método standartizado de contratação, decorrente dos sistemas de produção e distribuição em massa, teve como fator impulsionador a concentração monopolista, que, naquele período, atingiu as economias do ocidente, afinal de contas, como já registrado, a standartização dos contratos é um reflexo da standartização dos produtos e dos processos produtivos.³⁹⁵

Na adequada observação de Enzo Roppo³⁹⁶, os contratos de adesão ou *standard* passaram a consubstanciar a realidade contratual na sociedade contemporânea, na seguinte figuração: de um lado, tem-se um predisponente que detém o poder econômico, estabelecendo para uma série indefinida de relações negociais, homogêneas em seu conteúdo, e para uma série indefinida de contrapartes um esquema contratual antecipado, com uniformes e unilaterais cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da serie; de outro lado, aquele que, desejando adquirir produtos e serviços oferecidos, não discute ou negocia singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, limitando-se a aceitar em bloco as cláusulas (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente).

Outro marco desta fase foi o desenvolvimento da publicidade de massa, sobretudo através da criação de marcas popularizadas, e conhecidas em âmbito internacional, como a Coca-Cola, a Quaker Oats e Procter e Gamble, dentre outros³⁹⁷. Os produtos, antes vendidos a granel, passam a ser distinguidos pela marca e embalagens dos fabricantes, possibilitando que o consumidor adquirisse o produto sem a intermediação obrigatória do comerciante, "julgando os produtos a partir de seu nome mais que a partir de sua composição, comprando uma assinatura no lugar de uma coisa."³⁹⁸

Não se pode deixar de referir também o contributo dos grandes *magazines* nos Estados Unidos e na Europa para o estímulo à necessidade de consumir, na medida em que influenciaram decisivamente a alteração do estilo de vida e a criação do "consumo-sedução" e do "consumo-distração", praticando vendas dos produtos a preços baixos³⁹⁹.

³⁹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 313.

³⁹⁶ Ibid. p. 312

³⁹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 29.

³⁹⁸ Ibid p. 30.

³⁹⁹ Conforme assenta Lipovetsky : “ O grande magazine não vende apenas mercadorias, consagra-se a estimular

O segundo ciclo da sociedade de consumo pode ser identificado nos idos de 1950, no período posterior a Segunda Guerra, até o final da década de 70. A guerra foi um grande estímulo ao desenvolvimento do capitalismo, pois seu êxito dependeu da indústria tecnológica de armamentos, e a partir desse estímulo do desenvolvimento tecnológico, estabeleceu-se um novo ciclo de consumo, em proporções mundiais, nos denominados anos gloriosos, em que o capitalismo entrou num período de considerável expansão e relativa estabilidade monetária.

A propósito, os Estados Unidos da América foram os precursores dessa nova sociedade de abundância, de destacado crescimento da produção e do trabalho, e, conseqüentemente, do poder de compra e acesso aos bens de consumo, tudo a denotar uma profunda alteração dos valores, da cultura e do comportamento.⁴⁰⁰

Responsáveis pelo modelo tayloriano-fordista de organização da produção, os americanos incrementaram a produção de maneira padronizada, criando meios para reduzir a vida útil das mercadorias, a fim de manter a produção e o consumo sempre em níveis elevados, e alastrar o acesso ao crédito, possibilitando a realização dos desejos sem demora. Esse mesmo crédito passa a ser encorajado a partir da instalação da mentalidade da urgência na aquisição dos bens e da lógica da moda, que exige a constante renovação dos estilos.

Nesse novo paradigma, o estímulo a uma felicidade consumista, tanto imediata quanto artificial, domina o imaginário das pessoas, fazendo do conforto, do erótico, das modas, dos sonhos os signos dessa felicidade. Por outro lado, detecta-se uma verdadeira euforia publicitária a estimular os anseios e criar os mais variados desejos de consumo, numa áurea de moral hedonista.⁴⁰¹

É também durante este período que tem início a revolução tecnológica da informática, computação de dados e o desenvolvimento da internet, que revolucionou a comunicação e a informação⁴⁰², alterando o modo de organizar a produção, as atividades econômicas, os relacionamentos interpessoais, o lazer e até o trabalho.⁴⁰³

a necessidade de consumir, a excitar o gosto pelas novidades e pela moda por meio de estratégias de sedução que prefiguram técnicas modernas do marketing. Impressionar a imaginação, despertar o desejo, apresentar a compra como um prazer, os grandes magazines foram, com a publicidade, os principais instrumentos da elevação do consumo a arte de viver e emblema da felicidade moderna. Enquanto os grandes magazines trabalhavam em desculpabilizar o ato de compra, o shopping, o 'olhar das vitrines' tornaram-se uma maneira de ocupar o tempo, um estilo de vida das classes médias (LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 31).

⁴⁰⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 419-423.

⁴⁰¹ LIPOVETSKY, op. cit, p.35.

⁴⁰² DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2001, p. 38.

⁴⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia

O terceiro ciclo já pode ser identificado como do hiperconsumo, iniciado no fim da década de 1970, e expressão de nível elevado de consumo, sem racionalidade ou controle no ato de consumir.

De tal modo fora absorvido o consumo na contemporaneidade, que se o tem como um “atributo do ser humano”, e, independentemente da existência de relações jurídicas e dos efeitos econômicos correlatos, como “uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos”⁴⁰⁴.

O homem que figurava como força de trabalho no processo industrial, passa a figurar como força de consumo, lançando-se à uma compulsividade no ato de consumir, como forma de preencher um vazio existencial, ou, simplesmente, de posicionar-se socialmente perante a coletividade, caracterizando o consumismo, ou sociedade do hiperconsumo.⁴⁰⁵

Nesse contexto, diante da preponderância da força do fornecedor, em contraposição à vulnerabilidade que alcança os consumidores nas relações de consumo, desiguais materialmente por natureza, a proteção da parte débil tornou-se uma urgência, como realização da justiça contratual.

3.5.2 Justificativa jurídica: contrato de consumo como ponto de encontro de direitos fundamentais.

A massificação social, a mundialização prática da atividade econômica, a substituição das iniciativas individuais e a organização fordista por grandes redes empresariais minaram o individualismo, correlato da noção atomista do indivíduo, pondo o ser humano como membro de um conjunto que o ultrapassa e do qual não pode escapar, e evidenciado que o individualismo liberal não é mais sinônimo necessário de garantia de progresso econômico.

das Letras, 2006, p. 421.

⁴⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 37.

⁴⁰⁵ Para Bauman, o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-se na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução políticas de vida individuais” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 41.)

Nesse cenário pós-moderno, a liberdade contratual do fornecedor, que ocupa posição econômica dominante, expande-se e potencializa-se à custa da liberdade contratual do consumidor, quando o acordo de vontades é aparente, mas não real, ante o notório desnível entre os contraentes, mingando a falsa ideia de que assegurando-se a liberdade contratual, se estaria assegurando a justiça contratual.

Aliás, o novo perfil das contratações de massa, com a sua crescente despersonalização e materialização do comércio jurídico, evidenciou que o conceito clássico do contrato⁴⁰⁶ não mais se adequava a realidade sócio econômica do século XX. Para reforçar essa inaptidão, basta lembrar das chamadas condutas sociais típicas⁴⁰⁷, caracterizadas através de simples uso de tickets de caixas automáticos, cartões, senhas, recibos, etc, que dispensam a representação do outro, e, por isso mesmo, são chamadas de contratações “ em silêncio” ou “ sem diálogo”, sem dialética, desumanizadas.⁴⁰⁸

Daí se dizer que a proteção do consumidor esta amplamente relacionada com o surgimento da *mass consumption society* ou fenômeno do consumerismo. Como pondera Ada Pellegrini:

O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou “*konsumgesellschaft*”), caracterizada por um numero crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso a justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma⁴⁰⁹

O catalizador do desenvolvimento de um direito protetivo do consumidor foi, num primeiro momento, o desequilíbrio de forças, a desigualdade material, e o desequilíbrio informativo, pois os direitos de informação, direito à reflexão, ao combate de pressões e ao abuso são concretizações novas do respeito à dignidade da pessoa humana e manutenção da liberdade de ambos, fornecedor e consumidor, em uma sociedade pós-industrial, que necessita essencialmente de direitos com efeitos distributivos.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas do acordo de vontades.

⁴⁰⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

⁴⁰⁸ Expressão utilizada por Giorgio Oppo, in *Disumanizzazione del contratto*. Rivista de Diritto Civile 5, p. 525-533, set-out.1998.

⁴⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 7

⁴¹⁰ Como bem coloca Freire Soares, “a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a consequente transição do Estado – liberal para o Estado- intervencionista exigiram que a desigualdade sócio econômica entre particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de

No Brasil, no lastro da nova ordem constitucional de 1988, e seguindo a tendência mundial⁴¹¹, em 1990 o legislador infraconstitucional deu vida ao Código de Defesa do Consumidor, que nasceu com a proposta de equalizar as relações contratuais de consumo, protegendo a parte vulnerável, no intuito de realizar o ideal de uma sociedade justa, solidária e, sobretudo, igualitária, valendo-se, para tanto, dos novos direitos à informação, à reflexão e eventual arrependimento.

Ao identificar os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e merecedores de tutela pelo Estado (art. XXXII), identificando-os como sujeitos de direitos especiais, e determinar ao legislador infraconstitucional a elaboração de um código específico de defesa do consumidor, a Constituição de 1988 logrou moldar uma nova visão mais social e teleológica do contrato, na condição de instrumento de realização das legítimas expectativas do consumidor.⁴¹²

A propósito, partindo do pressuposto Alexyano⁴¹³ de que os direitos humanos só podem desenvolver o seu pleno vigor quando garantidos por normas positivas, vale considerar que o legislador constituinte foi ambicioso ao não apenas garantir os direitos dos consumidores, mas elevar essa garantia a princípio fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V), ao lado da livre iniciativa, sendo o Código de Defesa do Consumidor fruto de uma determinação constitucional de proteção.⁴¹⁴

Assim, o reconhecimento do significado dos direitos fundamentais, a partir do seu caráter objetivo, legitima a proteção do consumidor, criando deveres de proteção por parte do Estado, e garantindo a este sujeito vulnerável o seu direito de autodeterminação no curso das relações jurídicas.⁴¹⁵

ordem pública que garantissem o equilíbrio socioeconômico das relações privadas” (SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.141 - 142).

⁴¹¹ Segundo Adolfo Mamoru Nishiyama, a origem do direito do consumidor, como realização de política pública, remonta a 1962, ano em que o presidente Kennedy, através de mensagem, definiu quatro direitos fundamentais do consumidores: (segurança, informação, escolha e opção) , e sua inserção em texto constitucional deu-se somente em 1978, na Constituição Espanhola. (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010, p.51).

⁴¹² Depois da ditadura militar, veio a revolução democrática e alista de novos direitos fundamentais inserta na Constituição Federal de 1988 teve o condão de levar o Estado a mudar o seu ordenamento jurídico interno, a começar pelo CDC, que realiza o art. 5, XXXII.

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 93

⁴¹⁴ Em que pese tenha sido aprovada na forma de lei ordinária, por razões de estratégia legislativa, possui características claras de um código, quais sejam :a) estrutura as normas de proteção do consumidor, realizando o direito fundamental ; b) em um sistema de proteção explicitado seu no art. 4;c)caráter de coerência e homogeneidade ; d) autonomia.

⁴¹⁵ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia

Daí se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é o ponto de partida⁴¹⁶ e chegada da nova teoria contratual, numa alusão a um movimento cíclico, que parte dos valores e princípios sociais mais caros ao Estado Brasileiro para legitimar as relações contratuais do direito privado, e retorna aos mesmos para aferir a realização dos objetivos fundamentais republicanos. Dito de outra forma, é ponto de partida, pois foi a mais imediata materialização codicística da nova ordem constitucional, implementada pela Constituição de 1988, a imprimir o princípio da igualdade material, e é ponto de chegada, pois toda hermenêutica aplicada às relações contratuais privadas desemboca na realização dos paradigmas constitucionais da igualdade substancial e da solidarização.

Enlaçando essa linha de pensamento, Marcio Mello Casado destaca que

o direito privado se unifica e renova em torno de princípios estampados na Constituição Federal, deixando de lado a utópica manifestação de vontade livre, fazendo com que a tutela conferida aos consumidores, no Código de Direito Civil, fundada no motivo racional evidente de tutela desigual aos desiguais, se estenda a quem consumidor não é, com a finalidade de atingimento da igualdade real constitucional e o consentimento pleno.⁴¹⁷

Diferente não é a intelecção de Gustavo Tepedino, ao dispor que os princípios insertos no Código de Defesa do Consumidor, coerentes com a nova ordem pública constitucional, e sua reunificação axiológica, justamente por expressarem os valores constitucionais, não podem deixar de incidir sobre toda a teoria contratual, dada a sua vocação expansionista.⁴¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor abalou o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o Direito Civil, materializando o princípio da igualdade. O consumidor, assim, surgiu

constitucional. In: *Revista de direito do consumidor*, n.71, jul./set, 2009, p. 149-152. O doutrinador é pontual ao lembrar que um dever estatal de proteção adquire pleno sentido, quando tem por objetivo garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, sendo as relações de consumo o teatro de operações onde essa proteção é mais do que oportuna, até porque a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo ultrapassa barreiras sociais e econômicas.

⁴¹⁶ Notando o CDC como fonte de inspiração, e, portanto, ponto de partida, para o CC/02, que materializa a nova concepção de contrato, Flavio Tartuce destaca o art. 423, do CC/02, internamente inspirado no art. 47, do CDC. (TARTUCE, Flavio. A teoria geral dos contratos de adesão no código civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: Cláudia Lima Marques (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p.222).

⁴¹⁷ Cf. CASADO, Marcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n33, p.138, jan./mar.2000

⁴¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Cadernos da Pós-graduação. Faculdade de Direito- UERJ*. Programa de Pós-graduação. Ano IV, n5, agosto, 1998, p. 172-189. Complementando, ainda afirma o autor que a força do código não se reduz às suas próprias normas, localizando-se, sobretudo, na ordem constitucional, que o fundamenta e assegura, legitimando a sua expansão para todo o direito privado.

como sujeito especial de “oxigenação”, de reconstrução do Direito Civil como um todo, justamente pelo grau de efetividade de seus direitos, de inegável hierarquia.⁴¹⁹

Importante observar que o Código de Defesa do Consumidor é uma dessas leis imperativas que permite o intervencionismo do Estado nas relações privadas contratuais no intuito de relativizar, ou mesmo controlar, a liberdade contratual, a partir de novos paradigmas. Na busca de uma equidade contratual, protagoniza o seu melhor papel de limitadora e legitimadora da autonomia da vontade, com toda carga cogente, protegendo os interesses sociais e valorizando a confiança depositada no vínculo, das expectativas e boa-fé dos contratantes⁴²⁰, verdadeiros topos da argumentação jurídica.

O fato de um sujeito de direito da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, ao posicionar-se como consumidor, influencia diretamente a interpretação da relação contratual em que se encontra inserido. O contrato de consumo passa, assim, a ser um ponto de encontro de direitos fundamentais, devendo ser interpretado teleologicamente, e conforme a Constituição .

Como lembra Bruno Miragem⁴²¹, a consagração dos direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas, como o consumidor na relação de consumo, é animada pela nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição, construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, base da liberdade, da justiça e da paz.⁴²²

Em face do novo significado de Constituição, e da superação da inflexível dicotomia entre esfera pública e esfera privada, que servia à preservação da liberdade individual do homem burguês em relação ao Estado, as categorias fundantes do direito privado passam a

⁴¹⁹ Nesse compasso, Marcelo Duque pontua que um conceito evolutivo de direitos fundamentais não pode renunciar à proteção da pessoa no curso das relações privadas, compreendidas nesse plexo as relações de consumo. Aliás, o reconhecimento de que certos direitos fundamentais geram efeitos nas relações privadas representa a consagração de que o objetivo primordial mirado pela dogmática jurídica é assegurar a dignidade da pessoa humana. Essa proteção de fundamento constitucional vem ao encontro de uma visão mais social das relações de consumo, até porque “não se vive em sociedade sem ser consumidor”. (DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. In: *Revista de direito do consumidor*, n.71, jul./set, 2009, p. 148-149.)

⁴²⁰ Segundo Niklas Luhman, em uma sociedade hipercomplexa, quando os mecanismos de interação social ou institucional não são suficientes pode surgir uma generalizada crise de confiança na efetividade do próprio direito.

⁴²¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 33-34

⁴²² Gustavo Binbenbojm versando sobre a concepção de direitos fundamentais nas democracias constitucionais reforça que “[...] os direitos fundamentais são, em sua origem, direitos morais, fruto da projeção de valores morais (como liberdade, igualdade e segurança) sobre a ordem jurídica. Por isso mesmo, a constitucionalização de tais direitos tem por escopo, precisamente, retirá-los do varejo político do dia-a-dia, situando-os em patamar hierárquico superior ao das maiorias legislativas ocasionais [...]” (BENENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 84-85)

estar presente na Constituição, em maior ou menor grau, levando alguns a identificar o próprio Direito Civil como espécie de Direito Constitucional da pessoa.⁴²³

Nesse encerro de constitucionalização, a incorporação pela Constituição da República de relações jurídicas antes determinadas pelo Direito Civil, faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos destas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de status, passando a se caracterizar como direitos subjetivos de matriz constitucional. E é sob esse esteio que se assenta a proteção do consumidor.

Ao estabelecer-se a proteção específica do consumidor, se promove a equalização de uma relação faticamente desigual, já que o fornecedor está em posição favorecida, em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, e o consumidor numa posição de fragilidade e exposição (vulnerabilidade) frente às formas despersonalizadas de contratação e práticas leoninas de mercado. Cabe aqui a clássica fórmula de raiz aristotélica sobre a igualdade: “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”.⁴²⁴

Nessa quadra, o pensamento social aponta para a certeza de que as pessoas são livres apenas e quando elas detenham reais condições de dispor sobre o desenvolvimento da sua liberdade, e, portanto, da sua personalidade, de modo que, se o consumidor tiver seus direitos fundamentais violados ou não lhes forem garantidos os pressupostos mínimos de uma atuação livre, ele jamais se encontrará plenamente inserido nas relações de consumo.⁴²⁵

A defesa do consumidor, como sujeito de direito, portanto, é, antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica de debilidade da pessoa e subordinação estrutural⁴²⁶ em relação ao produto ou serviço numa determinada relação de consumo (*favor debilis*), e a sua tutela realiza, no fundo, a tutela da necessidade humana básica de consumo, que se operacionaliza a partir da definição de liberdade, de modo a garantir à pessoa humana a igualdade no exercício das suas liberdades.

Nessa senda, se justifica o Código de Defesa do Consumidor para tutelar a parte vulnerável ou desigual, de fato, na relação de consumo, até porque a defesa do consumidor concretiza a máxima de Boaventura de Sousa Santos, no sentido de que “as pessoas e os

⁴²³ Cf. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1991, p. 70

⁴²⁴ Do ponto de vista jurídico, Alexy indica a estrutura do direito subjetivo a igualdade da seguinte forma: a) se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual; b) se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 407)

⁴²⁵ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. In: *Revista de direito do consumidor*, n.71, jul./set, 2009, p.135-166.

⁴²⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 260.

grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”⁴²⁷.

Entendido bem o habitat da disciplina das relações de consumo e a proteção da parte débil dessas relações, será descortinada a fenomenologia do crédito, com todas as suas vicissitudes sociais, econômicas e psicológicas no endividamento das pessoas, para, finalmente, debruçar-se sobre o fenômeno do superendividamento.

⁴²⁷SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial , Porto Alegre, 2001. Disponível em <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>. Acesso: 13 maio de 2014.

4 A FENOMENOLOGIA DO CRÉDITO

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES DO CRÉDITO NA HISTÓRIA OCIDENTAL

Observando-se a história da civilização ocidental moderna, percebe-se que o crédito vulgarizou-se na generalidade das economias de mercado mais desenvolvidas, tornando-se um instrumento estrutural fundamental para incontáveis famílias, embora com facetas positivas e negativas.⁴²⁸

Perceba-se que, foi a partir do século XIX, e mais ainda no século XX, que houve aceleração do desenvolvimento do crédito, sobretudo em razão da consagração da venda parcelada, surgida nos Estados Unidos para financiar aparelhos domésticos⁴²⁹, o que se levou a afirmar que “*American has been transformed from a cash to a credit society*”.

Constatando a longevidade do fenômeno do crédito, Leitão Marques afirma que :

a sua “democratização” e legitimação social coincidem com o aparecimento da classe operaria industrial, que vive do seu salário e tem emprego estável que lhe permite contar com rendimentos futuros mais ou menos previsíveis, e por isso mesmo suscetíveis de serem antecipados. O aumento desse rendimento é paralelo à massificação de

⁴²⁸ Giancoli dedicou-se ao estudo da fenomenologia do crédito ao longo da antiguidade. Segundo seus ensinamentos, as primeiras notícias acerca do nascimento de operações baseadas no crédito remontam a era neolítica, anterior até mesmo a indústria e a cunhagem de moedas. Para ele, alguns estudiosos acreditam que o crédito pode ter tido sua origem remota no sedentarismo agrícola no neolítico, onde, possivelmente em virtude de dogmas divinos, houve proibição de empréstimo a juros. O Código de Hamurabi mesopotâmio constitui um dos mais antigos e bem conservados códigos gerais e a partir dele percebe-se que já eram praticadas a venda a crédito, o empréstimo a juros (com moeda ou dinheiro), etc, enfim operações bancárias em grande escala, nele são encontradas diversas normas regulamentadoras de relações entre credores e devedores. Na Grécia, o crédito era praticado pelos templos, e foi fomentado com a passagem da propriedade ao domínio individual, o que permitiu o desenvolvimento da agricultura, fonte primária de geração de riquezas, sem esquecer da atividade manufatureira. Numa primeira fase, o empréstimo era garantido com a terra e a liberdade do tomador e de sua família, para só depois destituir o credor desses direitos. Na sociedade romana, por sua vez, marcada pela vasta estimulação da vida econômica baseada na expansão das terras, aquisição de gado, escravos e grande fluxo de dinheiro, o crédito atuou como grande propulsor da economia, surgindo, já naquela época, grande desequilíbrio social em virtude da exploração creditícia do patriciado em face dos plebeus. A usura é a grande figura da economia romana que culminou com a edição da Lei das XII Tábuas contendo normas jurídicas regulamentadoras das relações creditícias existentes entre plebe e patriciado. A usura também foi severamente condenada pelos pensadores da igreja católica, tendo sido discutida não apenas no prisma das relações civis, mas, principalmente, como algo ensejador de condenação divina eterna. A igreja defendia regras severas condenando empréstimos a juros, permanecendo com o mesmo discurso até o século XII. Fruto da reforma católica que culminou com os movimentos Luterano e Calvinista, a noção de condenação total à usura, gradualmente, é mitigada pela defesa dos empréstimos a juros como forma de desenvolvimento econômico. Entretanto, apesar de haver rompimento com a tradição que considerava repreensível toda e qualquer atividade econômica baseada nos juros, foi nítida a noção de que não deveria haver excessividade na cobrança dos mesmos. (GIANCOLI, Bruno Pandori. *O Superendividamento do Consumidor como Hipótese de Revisão dos Contratos de Crédito*. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 15-26)

⁴²⁹ Ibid.p.16

certo tipo de bens de equipamento doméstico e os dois fenômenos alimentam-se mutuamente.⁴³⁰

Nos Estados Unidos da América, após a guerra da secessão⁴³¹, houve crescente prosperidade econômica, com destaque para a indústria. A multiplicidade de inventos e inovações tecnológicas, a abundância de matérias primas, aperfeiçoamento das comunicações e transportes transcontinentais, criação de um sistema bancário nacional favoreceram a industrialização e a consolidação da venda a crédito. As pessoas passaram a comprar a crédito bens duráveis para equipar suas casas, figurando o artigo comprado a própria garantia do crédito, no que se denominou “*hire-purchase*”⁴³², consagrando-se o crédito como grande impulsionador da economia tipicamente de consumo, mas também da cultura do endividamento.

Como sustenta Kilborn⁴³³, nos primeiros 25 anos do século XX, uma revisão das leis de usura e o crescimento da venda de mercadorias parceladas aos consumidores fizeram do crédito do consumidor um conceito aceitável econômica e socialmente nos EUA.

⁴³⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p.18

⁴³¹ Em torno de 1860, a burguesia dos Estados do Norte tinha consciência quanto de que o aumentado mercado interno, aperfeiçoamento dos transportes e mão de obra possibilitavam condições ao desenvolvimento econômico e maior atuação na política internacional. Mas a falta de integração entre os Estados do Sul e do Norte, em várias questões, era um problema. Os escravistas do Sul, inconformados com a eleição de Lincoln, levaram a Carolina do Sul a proclamar a dissolução da União entre Estado e os demais, o que foi apoiado por mais dez Estados, que formaram os Estados confederados da América, escolhendo como presidente Jefferson Davis. O ataque confederado ao Forte Sumter deu início as operações militares da Guerra da Secessão (1861-1865). Essa Guerra Civil Americana drenou os recursos financeiros do Norte e arruinou a economia do Sul, que teve plantações arrasadas e confiscadas, e apresentou escassez de mão de obra devido às fugas de negros emancipados. Mas também inúmeras fábricas, estabelecimentos comerciais e residências foram destruídos e campos foram queimados pelos soldados do Norte. A Guerra Civil Americana causou a urbanização das terras do oeste e das áreas centrais norte-americanas, contribuindo ainda mais para o crescimento da economia, a expansão industrial e o desenvolvimento do capitalismo dos Estados Unidos. Apesar das dificuldades financeiras enfrentadas pela União ao longo da guerra, graças ao esforço de guerra, o Norte cresceu de maneira surpreendente, principalmente na metalurgia, transporte ferroviário, armamentos e naval. Além do desenvolvimento tecnológico, houve ganhos no campo da medicina, escolas e instituições de ensino superior. O comércio cresceu de maneira exponencial, espalhando-se para todo o território americano. O padrão de cultura dos Estados Unidos passou a ser o ideal nortista de “trabalho duro, educação e liberdade econômica a todos”, e que eventualmente, faria dos Estados Unidos a maior potência econômica do mundo. (AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 37ªed. Rio de Janeiro: Record, 1999, p.273-277)

⁴³² Segundo Maria Manuel Leitão: “Entre as primeiras formas de crédito especificamente destinadas à compra de bens de consumo, encontra-se o hirepurchase dos países anglo-saxônicos, uma espécie de aluguer de longa duração, generalizado nos EUA, pela Singer em 1850 para a venda de máquinas de costura. Segue-se-lhe os departamentos de crédito dos grandes construtores de automóveis e de eletrodomésticos como a General Electric. Foi nessa altura que surgiram também nos EUA os credit-bureau, organizações vocacionadas para recolha e organização de informação sobre devedores” (MARQUES, op.cit, p. 18)

⁴³³ KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo:

Em 1978, a Suprema Corte Norte-Americana, na decisão “Marquette Nat’l Bank of Minneapolis v. First Omaha Serv. Corp” aboliu com eficácia a regulação do empréstimo ao consumidor, o que acelerou explosivamente a expansão do crédito no final dos anos 70, início dos anos 80. Os consumidores ficaram a mercê de suas próprias escolhas do quantum do seu débito, e essa abertura do mercado de crédito produziu um frenesi de competição entre os fornecedores desse crédito, sendo a propaganda o instrumento poderoso para tirar vantagem da fraqueza dos consumidores.⁴³⁴

Fato é que, precocemente, os EUA reuniram condições para antecipar rendimentos futuros e promover a melhoria da qualidade dos cidadãos, que passaram a utilizar o crédito para esse efeito.

Os efeitos positivos dessa democratização do crédito no plano macroeconômico foi logo percebido pelos americanos, tendo sido responsável pelo expressivo crescimento do país, levando-o a ser a grande potência mundial do século XX. Por isso se afirma que, a partir da expansão do crédito, o mesmo deixou generalizadamente de ser entendido como sinônimo de “pobreza” ou de “prodigalidade”, dele se utilizando indistintamente todas as classes sociais, como mecanismo fundamental de dinamismo da economia.⁴³⁵

Nesse sentido, Bruno Pandori Giancoli, assevera que a evolução do fenômeno creditício foi, e continua sendo, a mola propulsora do desenvolvimento econômico e verdadeiro instrumento transformador das sociedades. Mas, o mesmo doutrinador, lucidamente, desperta o leitor para a “faceta sombria” do fenômeno, consistente na patologia do endividamento, que, levado a extremo, transveste-se de superendividamento, responsável pela ruína financeira e desestrutura familiar de muitos núcleos.⁴³⁶

Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

⁴³⁴ Ibid, p. 71. Ainda segundo o articulista, depois da segunda guerra mundial os consumidores norte americanos aumentaram mais seus débitos confiantes nas suas habilidades em evitar eventos negativos em função de seu próprio comportamento. As otimistas projeções feitas por Reagan e Bush direcionaram muitos consumidores a utilizar mais crédito para alcançar estilos de vida comensuráveis com dia melhores, que certamente estavam à sua frente. (Ibid, p. 74)

⁴³⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000, p.16. A doutrinadora ainda observa o seguinte: “Se quisermos ir a procura das suas raízes e de suas formas hoje mais comuns, é aos EUA que nos devemos remeter. Primeiro do que a Europa, os EUA reuniram condições para antecipar rendimentos futuros e promover a melhoria da qualidade dos cidadãos e estes rapidamente utilizaram o crédito para esse efeito. Foi a partir daí que ele deixou generalizadamente de ser entendido como sinônimo de pobreza ou de prodigalidade, para ser visto simplesmente como um meio de adquirir uma máquina de costura ou um automóvel. Uma cultura de menor aversão ao risco facilitou também a expansão do crédito nos EUA a partir do final do século XIX e sobretudo ao longo do século XX. Finalmente, a economia americana cedo compreendeu os efeitos positivos do crédito aos consumidores no plano macro - econômico, baseando seu crescimento em grande parte na expansão do crédito” .

⁴³⁶ Bruno Pandori lembra que, por se tratar do mercado mais antigo e mais desenvolvido do crédito moderno, os

O desenvolvimento da cultura do "viver a crédito" também é consolidado na Europa, a exemplo do que ocorrera na Inglaterra e na França, ainda que sustentado em bases ideológicas e históricas discrepantes do modo de vida americano.⁴³⁷

Na Grã-Bretanha a venda a crédito é explorada pelas grandes redes varejistas, assim como pelos bancos, e consolida-se como opção de aquisição de bens duráveis, principalmente móveis e automóveis, tendo sido direcionado à clientela em busca de melhor qualidade de vida. Em 1968, surge o comitê presidido por Lord Crowther, motivado pela necessidade de regulamentação de legislação sobre venda a crédito na sociedade britânica. O comitê culmina com a publicação, em março de 1971, do "*Consumer Credit Act*", texto completo e complexo de lei que regulamentou a situação dos empréstimos e todo sistema de concessão de crédito do país.⁴³⁸

Já na França, em 1865, percebendo-se não ser possível satisfazer a sociedade sem colocar à sua disposição uma maneira de pagar que lhes permitisse consumir além dos modestos salários, decide-se sistematizar a venda de móveis através de carnês. Já em 1900, vários magazines de Paris adotam essa prática. Diante da expansão das vendas a crédito, em 1954, surgiu o Conselho Nacional de Crédito com intuito de regulamentar a duração e a quantia máxima de crédito com alimentação ao consumidor. Mais tarde, as *Leis* de 23 de junho de 1989 e 31 de dezembro de 1989, chamadas de *Leis Neirtz*, fixam as condições gerais das operações a crédito, as disposições referentes a publicidade sobre os custos dos créditos, a formalidade dos contratos, os prazos de reflexão e cancelamento concedidos aos consumidores, e a prevenção e regulamentação das dificuldades ligadas ao endividamento privado e familiar (*Lei Neirtz* de 31.12.1989), representando até os dias atuais a legislação básica que versa sobre o crédito ao consumidor na França.

De uma maneira geral, o que se vislumbra a partir do século XX é o grande desenvolvimento das sociedades capitalistas movidas essencialmente pela necessidade da aquisição de produtos pela massa de consumidores, como forma de melhoria de vida e ascensão social. Mas, como restará demonstrado, o acesso ao crédito tem repercussões tanto positivas quanto negativas, pois, ao mesmo tempo em que funciona como mecanismo de

consumidores americanos são por excelência o espelho desse setor de atividade, espelho para a profissão que lá vai procurar fontes de inovação, após a ideia de venda alienada, passando por técnicas de pontuação e métodos de pagamento. (PANDORI, Bruno. *O Superendividamento do Consumidor como Hipótese de revisão dos Contratos de Crédito*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008, p. 14 e 35)

⁴³⁷ Ibid, p. 3

⁴³⁸ Cf. GELPI, Rosa-Maria. *Historie du credit à la consommation*. Paris: Editions la decouverte. Texte à l'appui/série économie, p.179.

desenvolvimento econômico e inclusão social, com efeito hedonista ⁴³⁹, pode se transformar em mecanismo de exclusão social, “flagelo que provoca a pobreza e miséria”, quando adquirido de forma excessiva e irrefletida, como ocorre com o fenômeno do superendividamento.

4.2 O PAPEL DO CRÉDITO AO CONSUMO NA *OPEN CREDIT SOCIETY*

A etimologia da palavra *credere*, de logo, já dá a nota de sua significação, pondo vinculadas as noções de confiança e tempo, para compreender o fenômeno creditício como “*la transferencia temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolsar éste más sus intereses em um plazo determinado y em la unidad monetária y em la unidad monetária conveniada*”⁴⁴⁰, ou, simplesmente, como a operação resultante da troca de bens, que concede a disposição efetiva e imediata de um bem econômico, em vista de uma contraprestação futura.⁴⁴¹

O crédito pode ser definido como um ato pelo qual uma pessoa, agindo a título oneroso, coloca à disposição de outra pessoa fundos, sendo, portanto, troca de bem presente (mercadoria), por bem futuro (dinheiro).⁴⁴²

Segundo Claudia Lima Marques, crédito é um tempo que a pessoa adquire por meio de contratos diversos (cartões de crédito, crédito rotativo, cheque especial, carnês assegurados por nota promissória, etc.) para pagar as suas dívidas. A doutrinadora chega a dizer que o crédito, nas condições da sociedade atual, revela a similitude assustadora com a sociedade feudal, porque uma “fração de trabalho já é devida antecipadamente ao senhor, ao trabalho escravo” porquanto o sistema induz que a compra ocorra antes “para em seguida se resgatar o compromisso por meio do trabalho”.⁴⁴³

⁴³⁹ Segundo Marques Leitão, o crédito tem outro efeito que contribui para tornar popular o pagamento a prestação: trata-se do “budgetism”, a significar o desejo das pessoas transferirem para terceiros a gestão e o controle do seu orçamento, através de poupança forçada. (MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, p. 20.)

⁴⁴⁰ Cf. VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Compendio Jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1990, p. 495)

⁴⁴¹ Cf. GIANCOLI, Bruno Pandori. *O Superendividamento do Consumidor como Hipótese de Revisão dos Contratos de Crédito*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008, p.13.

⁴⁴² MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n.º 18, p. 53-76, abr./jun. 1996.

⁴⁴³ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, 2010, Vol.1, p. 54.

O crédito, aqui referido, é um instrumento que viabiliza a disposição de um rendimento ao que contrata, ou seja, o empréstimo disponibilizado ao consumidor final, para pagamento futuro, destinado a financiar a aquisição e fornecimento de bens e serviços à particulares, que não se destinem à atividade econômica e profissional, contrapondo-se, assim, ao crédito às empresas.⁴⁴⁴

Perceba-se que todo o glorioso sucesso do crédito e a sua vulgarização se devem à transformação do pensamento coletivo, que afasta a conotação negativa que a história lhe atribuiu⁴⁴⁵ para torná-lo um instrumento de acesso à aquisição de bens e reconhecimento social, ainda que não se disponha de meios materiais.

Não se trata, simplesmente, de elevação do padrão de vida, mas da própria inclusão do indivíduo na sociedade de consumo, a partir das escolhas de consumo, o que significa reconhecer que o crédito é também sinônimo de *status* e serve de camuflagem da estratificação social, ao permitir ao indivíduo adotar um estilo de vida característico da classe social superior à sua⁴⁴⁶.

Assim, neste contexto, aquele que fornece o crédito exerce atividade de importância vital, uma vez que somente através dele se consegue obter os bens e serviços necessários à satisfação de suas necessidades. O fornecedor do crédito é aquele detentor do capital, de forte poder econômico, que se apresenta na relação contratual em um determinado e definido polo. Do outro lado da relação contratual, encontra-se o consumidor sem capital, ou seja, sem recursos financeiros, do qual necessita. Em razão desta necessidade, se subjeta ao poder econômico como condição essencial para a obtenção do crédito, única forma de acesso ao consumo.

Desde logo, pode-se dizer que consumo e crédito são duas faces da mesma moeda, na medida em que para se consumir necessita-se de crédito. Outrossim, onde identifica-se crédito ao consumo, a produção aumenta, a economia se oxigena, há mais emprego e o mercado de consumo também aumenta.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 15

⁴⁴⁵ Maria Manuel Leitão Marques ressalta que os empréstimos a juros altos eram condenados na época medieval por diferentes códigos sociais e religiosos devido à proibição à usura e por isso o crédito tem uma conotação histórica negativa. MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 17.

⁴⁴⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

⁴⁴⁷ Cf. MARQUES, Claudia Lima Marques; LIMA, Clarissa Costa Lima; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, 2010, p. 20.

A aquisição de bens materiais é estimulada pelo crédito, o qual, portanto, é um elemento de dinamização da produção capitalista, numa perspectiva de crescimento e desenvolvimento incessante do consumo. A contrapartida da confiança ilimitada no futuro é a generalização do seguro, social e privado⁴⁴⁸, já que tudo pode ser vendido a crédito e ser objeto de crédito.⁴⁴⁹

Na qualidade de instrumento de criação de moeda e elemento de dinamização da produção capitalista, o crédito relacionando-se com a política geral monetária, já que o Banco Central ou banco emissor retém parte da moeda depositada por particulares, para reduzir o multiplicador dela. Por isso mesmo, o Estado deve fiscalizar e intervir no mercado, fixando limites de prazos, de taxas e juros, uma vez que o crédito ao consumidor é elemento ensejador do endividamento não só de um indivíduo ou classe social, mas de toda uma coletividade.⁴⁵⁰

Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, o crédito ao consumo “é um sistema de financiamento, por meio de crédito direto concedido pelo comerciante, mas sobretudo por financeiras, bancos e cartões de crédito. Em todos os casos, o consumidor tende a transformar-se no cliente, que mantém relações continuadas, permanentes muitas vezes.”⁴⁵¹

O crédito, assim, necessário à sobrevivência individual e do grupo social, deve ser tratado como uma disciplina jurídica da extensão da cidadania social, ou mesmo de uma cidadania econômica, sobretudo em relação aos consumidores desfavorecidos, que dependem desse crédito⁴⁵², pois como afirma Simone Bolson “ter acesso ao crédito é modo de ser cidadão, de exercer a cidadania, de ser considerado um igual nesta sociedade de desiguais.”⁴⁵³

É perceptível que, no cenário da sociedade de consumo, o acesso ao crédito contribui “para a realização pessoal, expressa simbolicamente por um nível de vida melhorado”⁴⁵⁴,

⁴⁴⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao Consumidor e superendividamento, uma problemática geral. In : *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 17, jan./mar, 1996, p.57

⁴⁴⁹ Ibid, p.57

⁴⁵⁰ Ibid. p. 58

⁴⁵¹ Ibid. p. 58

⁴⁵² Caracterizados pela pobreza, insuficiência de recursos disponíveis, precariedade do seu status social, subdesenvolvimento cultural, exclusão dos modos de vida dominante , ausência de poder no seio da sociedade .

⁴⁵³ Cf. BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, out-dez. São Paulo: RT, 2007, p.189.

⁴⁵⁴ GELPI, Rosa- Maria; JULIEN-LABRUYERE, François. História do crédito ao consumo. Doutrina e práticas. Cascais: Principia, 2000. Apud FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*, São Paulo: RT, p.24

permitindo, simultaneamente, a criação de novas identidades culturais e novas oportunidades de participação social, dando origem à denominada “democracia do gasto”.⁴⁵⁵

Cristina Gaulia chega a afirmar que o direito ao crédito pode ser considerado como um novo direito fundamental, na medida em que materializa o suporte para os pobres melhorarem a condição de vida, os ajudando a desenvolver suas habilidades, e, ainda, a reintegrarem-se à sociedade e recuperarem a dignidade humana.⁴⁵⁶

Ademais, o crédito está sempre associado aos novos padrões de consumo, que resultam da interação das necessidades individuais com o meio social. Isso vem a significar que os sujeitos desejam consumir aquilo que é valorizado pelo grupo social, e, do ponto de vista subjetivo, embora muitos dos bens não representem necessidades orgânicas dos indivíduos, o seu não consumo pode repercutir em sua aceitação social e estabilidade psicológica.⁴⁵⁷

Desse modo, para que seja possível ao cidadão sua inserção social, é necessário que o mesmo disponha de recursos financeiros, constituindo o crédito o elemento essencial para a aquisição de produtos ou serviços, e conseqüente obtenção do tão almejado reconhecimento social.

Não é por outra razão que Nichole Chardin afirmou que a moral da sociedade está na força do consumo.⁴⁵⁸ Nesse contexto, a doutrinadora francesa, inclusive, identifica os contratos de consumo, e dentre eles o de crédito, como o ponto mais alto dos contratos afetivos, justamente em razão da correlação entre o consumo e o desejo.⁴⁵⁹

Nessa perspectiva, é possível refletir que, embora seja o crédito uma atividade legítima e normal numa economia de mercado, estando associado ao seu desenvolvimento econômico, assim como à melhoria da qualidade de vida e inclusão social, também pode ter efeitos adversos como fonte de endividamento. Isso significa que, quando contratado em situação de instabilidade financeira e laboral, ou na hipótese de superveniência dessa instabilidade na execução contratual, torna-se provável o endividamento excessivo do consumidor, e sua redução à mera condição de devedor.

⁴⁵⁵ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*, São Paulo: RT, p. 24

⁴⁵⁶ Cf. GAULIA, Cristina Tereza. *O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo*, n.71, São Paulo: RT, 2009, jul./set, p.34-64.

⁴⁵⁷ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Op. cit. p. 25

⁴⁵⁸ CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 37-38.

⁴⁵⁹ Ibid p. 36

Nessa senda, na aritmética do consumo, as concessões irresponsáveis e artificialmente estimuladas de crédito, somadas às aquisições irrefletidas, fruto de intensa sedução publicitária e de marketing, podem resultar numa equação explosiva, à gerar endividamento estrangulador das forças econômicas e financeiras do consumidor.

Perceba-se que a simples constatação de que o crédito democratiza o acesso a bens de consumo, mas não corresponde proporcionalmente a um aumento de rendimentos, já aclara a probabilidade das despesas excessivas, comprometedoras da capacidade global de fazer frente às dívidas em sua globalidade.

A realidade do excesso de dívidas, e o flagelo social do superendividamento, encontra, de um lado, a política de consumo, e, de outro, a proteção do consumidor. A propósito, José Reinaldo de Lima Lopes observa que, no Brasil, os consumidores mais ricos representam 10% da população e concentram 48,1 % da renda nacional, ao passo que os desfavorecidos representam 90% da população e concentram 44,9% da renda.⁴⁶⁰

Conforme o estudo de Lima Lopes, o crédito aos menos favorecidos torna-se o único meio de acesso a bens de consumo básicos (eletrodomésticos, alimentação, vestuário), entretanto, o estímulo ao consumo desmedido e o crédito fácil, associados à precariedade do *status* social e a possibilidade de sua exclusão do modo de vida dominante, tornam esta parcela da população ainda mais vulnerável ao endividamento em busca de uma "equivalência" ao padrão de vida das classes mais abastadas⁴⁶¹.

O superendividamento é, assim, o fruto de uma operação praticamente lógica, portanto, que assume status de fenômeno social, de grande relevância, não apenas na vida do consumidor, mas também na do credor, que não vislumbra, no ordenamento jurídico brasileiro, meios efetivos para assegurar o recebimento do crédito.

Para entender melhor esse fenômeno no Brasil, serão abordados aspectos históricos da democratização do crédito, suas principais formas de acesso, a correlata cultura do endividamento, ante a desproporção entre o crédito e o consumo, para a qual tem sido firme contributo a concessão irresponsável do crédito, chegando-se, afinal, ao dissecamento propriamente do fenômeno do superendividamento.

⁴⁶⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento - Uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor* 17/59, São Paulo: RT, jan./mar, p. 58-63, 1996.

⁴⁶¹ *Ibid.* p. 59.

4.3 A DEMOCRATIZAÇÃO DO CRÉDITO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

No Brasil, a venda direta a crédito por lojistas aos consumidores expandiu-se nos anos 50 com o surgimento dos bancos de dados de proteção ao crédito, que facilitaram muito a identificação do consumidor e a consequente concessão do crédito, menos burocrática e demorada.

Em 1965, a partir da reforma do sistema financeiro, houve o começo da modernização do crédito no Brasil, sendo um dos principais marcos a instituição do crédito direto ao consumidor. A Resolução nº 45, de 31/12/1966, do Banco Central do Brasil, obrigou as instituições financeiras a destinarem 40% dos seus recursos para o crédito direto ao consumidor.

Nos anos 80, enfrentou-se contundente crise no modelo de desenvolvimento brasileiro de industrialização financiada pelo Estado, pelo capital internacional e poupança interna voluntária ou obrigatória, com o fim da entrada de capital estrangeiro, crises do petróleo, democratização e empobrecimento generalizado, fruto das políticas de concentração de renda. Era preciso criar um mercado consumidor forte, dada a pobreza e a concentração de renda.⁴⁶²

A partir do advento do Plano Real, nos idos dos anos 90, o crédito no Brasil assumiu contornos extraordinários no que tange a economia de consumo e cultura do endividamento. Por isso mesmo o Conselho Monetário Nacional criou regras para o cheque especial e o cartão de crédito.

O ambiente de estabilização da moeda delineado pelo Plano Real fez com que instituições financeiras, que antes tinham sua margem de lucro voltada essencialmente para captação de depósitos, em virtude da alta inflacionária, passassem a depender, a partir do controle da inflação, do crescimento de operações a crédito, encontrando na parcela da população que estava excluída do sistema formal de crédito uma verdadeira fonte lucrativa.⁴⁶³

Deste modo, as instituições financeiras passaram a fomentar o crédito de forma ostensiva, mirando, sobretudo, a parcela da população de baixa renda (a mais vulnerável), antes excluída do sistema formal de crédito. Essa democratização do crédito assume relevo

⁴⁶² LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor* 17/59, São Paulo: RT, jan./mar, p. 61, 1996.

⁴⁶³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento Aplicado*. Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 25.

entre famílias com rendimentos de até 10 (dez) salários mínimos, aposentados e pensionistas.⁴⁶⁴

Na medida em que ocorreu a expansão do crédito ao consumo, dispuseram-se cartões de crédito, de débito, cartões de loja, créditos pessoais, crédito à habitação, crédito para aquisição de automóvel, e outros mais junto a particulares. A explosão do consumo e a vulgarização do crédito elevaram vertiginosamente as taxas de inadimplência dos consumidores, situação que se alastrou na sociedade, alcançando diversos níveis sociais, em graus distintos, de modo a configurar um verdadeiro "fenômeno social." ²².

E note-se que outro não poderia ser o caminho da expansão do crédito. O modelo de consumo consistente na urgência do ter e na descartabilidade dos produtos e serviços faz do crédito a porta do acesso aos mesmos pelos consumidores hipervulneráveis (considerados como tais também os que ascenderam ao mercado de consumo recentemente, como os da classe C, D, E) através de múltiplas formas de contratações, as quais, infelizmente, não tem primado pela reflexão e ponderação, materializando habitualmente contratos nitidamente abusivos, em detrimento da pessoa humana, que passa a ser vista no mercado como um "potencial de compra".

Nessa fase do trabalho, calha visitar as principais formas de acesso ao crédito para demonstração da sua democratização, e as vicissitudes dela decorrentes.

4.3.1 Principais formas de acesso ao crédito

Embora a difusão do crédito no Brasil tenha se dado tardiamente, em comparação com os Estados Unidos e a Europa, o crédito é atualmente um instrumento amplamente difundido em nosso país.

⁴⁶⁴ Claudia Lima Marques e Clarissa Costa Lima e Karen Bertoncello , valendo-se de dados do IBGE , em 2010, demonstraram o vertiginoso crescimento do crédito requerido pelos consumidores no Brasil , destacando o ano de 2009 como o de maior endividamento dos consumidores da historia. No estudo das doutrinadoras, fica claro que as classes B, C E D tiveram acesso ao crédito através do crédito consignado de salários, pensões e aposentadorias, além do cartão de crédito, no movimento de bancarização ou democratização do crédito . E essa inclusão se viabilizou em razão da diminuição da pobreza no país e aumento da força de compra do salario mínimo, que logrou aumento no período de 2000 a 2010 em 90%. Estas circunstâncias, e, portanto, a explosão do crédito, levaram naturalmente a explosão do consumo (hiperconsumo) , cuja consequência acabara sendo a insolvência das pessoas físicas , o superendividamento. (MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, 2010, Vol.1, p. 18).

Conforme dados do Banco Central do Brasil, o saldo total das operações de crédito do sistema financeiro, computados os recursos livres e direcionados, alcançou R\$ 2,368 trilhões em dezembro de 2012, com expansão anual de 16,4%, ante 18,8% em 2011 e 20,6% em 2010, passando a representar, relativamente ao Produto Interno Bruto (PIB), 53,8%, ante 49,1% em 2011 e 45,4% em 2010. Por segmento, as carteiras de crédito referentes a pessoas jurídicas e a pessoas físicas totalizaram R\$1,292 trilhão e R\$1,076 trilhão, após elevações anuais de 16,1% e 16,8% em 2012, respectivamente.⁴⁶⁵

O estudo das principais formas de acesso ao crédito e dos problemas vislumbrados a partir da sua concessão irregular é essencial para entender melhor as causas do endividamento excessivo.

4.3.1.1 Crédito rotativo

O contrato de crédito rotativo ⁴⁶⁶ possibilita a abertura de uma linha de crédito a uma pessoa física ou jurídica, com limite pré-estabelecido, e pode ser utilizado de forma automática pelo tomador, de acordo com suas necessidades, verificando-se sua diminuição na medida em que o tomador o utiliza e aumento na medida em que é feito o pagamento do principal já utilizado.⁴⁶⁷

Não há dúvidas de que o crédito rotativo concedido pelas instituições financeiras aos seus milhares de clientes, sobretudo através dos cartões de crédito e do cheque especial, representa importante instrumento dinamizador das relações econômicas, na medida em que configura meio de fácil acesso ao capital, bem como permite aos consumidores aumentar sua capacidade de consumo.

⁴⁶⁵ Relatório de economia bancária e crédito de 2012. Banco Central do Brasil. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 17 jun.2014.

⁴⁶⁶ A norma autorizadora dos créditos rotativos no Brasil está prevista na Resolução nº 2.624 de 29 de julho de 1999 do Banco Central do Brasil, que estabelece em seu art. 1º, §2º, inciso III, a possibilidade de os bancos de investimento praticarem operações de concessão de crédito para financiamento de capital fixo e de giro. Assim prevê a disposição normativa: Art. 1º Estabelecer que os bancos de investimento, instituições financeiras de natureza privada, especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de recursos de terceiros, devem ser constituídos sob a forma de sociedade anônima[...]Parágrafo 2º Aos bancos de investimento é facultado, além da realização das atividades inerentes à consecução de seus objetivos:[...]III - operar em todas as modalidades de concessão de crédito para financiamento de capital fixo e de giro.

⁴⁶⁷ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. Página 186.

Entretanto, as altas taxas de juros, as maiores do mercado, lançam muitos dos consumidores num poço de dívidas sem fim, ainda mais com a possibilidade de pagamento da parcela mínima do cartão de crédito e da flutuação no vermelho do cheque especial, que os fazem “rolar a dívida”. A propósito, conforme divulgado pela Anefac (Associação de Executivos de Finanças), no mês de agosto de 2012, as taxas de juros relativas ao crédito rotativo atingiram a estratosférica marca de 238% ao ano.⁴⁶⁸

Passemos a analisar os veículos de crédito rotativo mais usados.

4.3.1.1.1 Cartões de crédito

O cartão de crédito, alcunhado de “dinheiro de plástico”, nasceu nos EUA, na década de 1920, quando algumas redes de hotéis e postos de combustíveis começaram a emitir cartões para que seus clientes pudessem comprar a crédito nos próprios estabelecimentos. Só em 1950, o instrumento passou a ser utilizado como se conhece hoje, para financiar aquisições em estabelecimentos variados, transformando-se em uma indústria poderosa.⁴⁶⁹

No Brasil, só foi lançado em 1956, representando um oligopólio, com baixa concorrência, o que explica os juros extorsivos (média de 238% ao ano, chegando, em alguns casos, a 628% no crédito rotativo) e práticas abusivas (cobranças, por exemplo, pela não utilização de cartões não solicitados pelos clientes).

A partir dos dados apresentados pelo Banco Central do Brasil, o cartão de crédito, ganhou importância a partir da década de 90, devido à eliminação de restrições até então impostas ao seu uso, bem como à extinção da regra da “bandeira exclusiva”.⁴⁷⁰

A expansão desse instrumento ao longo dos últimos dez anos foi vertiginosa. Em 2000, eram 118,249 milhões de cartões, em 2009 subiu para 565,228 milhões, em 2010 alçou a margem de 628,015 milhões, com faturamento em torno de R\$ 534,735 bilhões. Cifras

⁴⁶⁸Fernanda Silva. Banco Central defende redução de crédito rotativo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1158692-banco-central-defende-reducao-do-creditorotativo.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁴⁶⁹ Uso do dinheiro de plástico ganhou força a partir de 1950. *Jornal do Senado: Especial cidadania*, n. 303.. Brasília. 4 maio 2010. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/.../100504_303>. Acesso em 15 jun.2014.

⁴⁷⁰ A regra da “bandeira exclusiva” subsistiu até 1996 e impedia um mesmo emissor de operar com mais de uma bandeira. Dentre as restrições de uso impostas, encontrava-se a proibição de utilização do cartão de crédito em certas transações, como para o pagamento de combustível em postos de gasolina. Banco Central do Brasil. Sistema de pagamentos brasileiros. Departamento de operações bancárias e de sistema de pagamentos. Set. 2009. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/spb-textocompleto-pdf.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2014, p. 7.

dessa envergadura, conjugadas com o incessante acesso de consumidores de baixa renda, indicam a necessidade urgente de regulação e fiscalização da indústria dos cartões de crédito, já que a mesma não está submetida à fiscalização do Banco Central do Brasil, por não ser considerada instituição financeira.⁴⁷¹

Segundo estudo divulgado pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), referente ao ano de 2012, a parcela das famílias com débitos oriundos do cartão de crédito avançou de 73,6% para 75,2%.⁴⁷²

Através deste sistema, a administradora do cartão atua como intermediária entre o titular e o fornecedor, efetuando os pagamentos assumidos pelo consumidor que, por sua vez, quita total ou parcialmente as faturas em períodos mensais.

O cartão de crédito pode, então, ser utilizado como meio de pagamento pelos “usuários por conveniência”, permitindo a coordenação de rendimento e consumo, aplainando a volatilidade no rendimento e nas despesas e reduzindo os valores que os indivíduos precisam manter em conta corrente. Através dele também pode o consumidor recorrer ao flexível crédito propriamente dito, quando opta pelo pagamento parcial das faturas (são os tomadores de empréstimo), sem um termo fixo ou programação de reembolso, além do pagamento mínimo.⁴⁷³

Assim, quando o consumidor decide pagar apenas a quantia mínima do cartão de crédito e quitar o resto posteriormente, está se valendo do crédito rotativo, que é corrigido por aquelas elevadas taxas de juros, o que poderá conduzir o tomador do empréstimo a um extremo ciclo de endividamento.

Para as administradoras dos cartões, a segunda hipótese é mais vantajosa, já que seus ganhos são obtidos eminentemente pelas cobranças de juros e encargos de financiamento, de forma que o “bom consumidor” do cartão de crédito é aquele que toma empréstimo ou “rola a dívida”⁴⁷⁴ e, com isso, mantém elevados os índices de lucro das administradoras.

⁴⁷¹ Senado propõe limites aos cartões de crédito. *Jornal do Senado*: Especial cidadania, n. 303.. Brasília. 4 maio 2010. Disponível em: < www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/.../100504_303>. Acesso em 15 jun.2014.

⁴⁷² Cristiane Bonfati. *Jornal O Globo*. Endividamento das famílias cresceu 7,5% em 2013, aponta CNC. 09 jan 2014. Disponível em: <www.oglobo.globo.com/economia/endividamento-das-familias-cresceu-7,5-aponta-cnc-11252713> Acesso em: 15 jun. 2014.

⁴⁷³ Cf. RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor* n.63. São Paulo: RT, jul./set, 2007, p. 237. A denominação “usuários por conveniência” refere-se àqueles que se valem do cartão como simples mecanismo de pagamento.

⁴⁷⁴ *Ibid.* p. 237.

Não por acaso, com intuito de frear o superendividamento dos clientes de cartões de crédito, em 25 de novembro de 2010, a Diretoria Colegiada do Banco Central emitiu a Circular n. 3512, que dispõe sobre o pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito. Ficou estabelecido no art. 1º, deste ato normativo que o valor mínimo da fatura do cartão de crédito, a ser pago mensalmente, não poderia ser inferior a 15%, a partir de 1º de junho de 2011, e 20%, a partir de 1º de dezembro de 2011.

A difusão deste sistema de pagamento alarga a potencialidade do recurso a essa forma de crédito⁴⁷⁵, pois, além de permitir o consumo e a gratificação imediatos, o acesso é mais simples do que mediante formas tradicionais, já que não são exigidas garantias ou requeridas maiores formalidades.

E nestas hipóteses, a armadilha para o consumidor encontra-se na precariedade das informações transmitidas pelas administradoras, especialmente no que concerne às taxas de juros e demais encargos de financiamento, que são os fatores que podem transformar a dívida em uma verdadeira "bola de neve".

Perceba-se que, raramente, o consumidor tem conhecimento prévio do conteúdo contratual ou é informado acerca das taxas de administração, anuidade e seus valores, prazo de vigência do contrato, estando os contratos, em regra, redigidos com expressões ou formulas técnicas que dificultam, sobremaneira, a compreensão do consumidor, que acaba confiando nas afirmações do funcionário do banco ou da instituição financeira, que tem metas a cumprir. Muitas vezes, nem mesmo quando são implementados aumentos no limite do cartão, ao longo da execução contratual, o consumidor é cientificado, ocorrendo, portanto, sem sua solicitação.

Iain Ramsay chama atenção para o fato de que muitos dos que já se encontram imersos em dívidas, recorrem aos cartões de crédito como a saída mais fácil e rápida para a falta de recursos financeiros, sem o domínio do agigantamento do saldo devedor do agregado familiar. Diz-se mais fácil e rápido, pois as administradoras de cartões de crédito não exigem garantias para a concessão, nem fazem pré-análise responsável do perfil do consumidor, numa visão propagandista sintetizada no slogan “é só colocar no cartão.”⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 46

⁴⁷⁶ RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor* n.63. São Paulo: RT, jul./set, 2007,p.239.

Esse símbolo da sociedade do consumo tem levado uma infinidade de consumidores a comportamentos irracionais, cujo fim da reta é a falência pessoal. Como lembra Ramsay, pedir emprestado virou um hábito e o uso do acesso fácil do crédito esta levando jovens a acumularem débitos em massa e pessoas debilitadas por fatos sociais a valerem-se do cartão de crédito como uma espécie de seguro privado.⁴⁷⁷

As múltiplas situações fáticas que chegam aos órgãos de defesa ao consumidor, ou mesmo ao Poder Judiciário, demonstram que o crédito é concedido de maneira irresponsável pelas administradoras, e que os endividados, acuados no jogo do endividamento, sob as pressões da sociedade de consumo e da imediatidade de suas necessidades, não tem outro caminho a não ser contratar mais crédito. Mas, o final dessa história já é de todos conhecida: a pretensa solução, na verdade gera o leonino superendividamento do consumidor.

Calha destacar insistentemente que as falhas potenciais no mercado de cartões de crédito, sem dúvida, consistem na precariedade ou maquiagem das informações. As empresas acumulam uma grande sociologia privada de comportamento do consumidor, e a partir dela constroem técnicas psicológicas para manipular a sua preferência, informando até onde lhe preserve o interesse da demanda consumerista, ou maquiando as informações a fim de serem sedutoras ao consumidor.

Ora, se há irracionalidades sistemáticas no processo de decisão dos consumidores e se esses consumidores são alvos das companhias de cartões de crédito, as empresas que fornecem o crédito devem ser ainda mais cautelosas ao desenharem as políticas de informação. Outrossim, essas empresas devem primar também pelas informações na fase pós-contratual, alertando para as consequências do endividamento, sobretudo as que decorram dos pesados encargos.

É, destarte, essencial a adoção de medidas preventivas e curativas, que representem a mão salvadora do consumidor superendividado, a exemplo da conduta da administradora de verificar as condições de reembolso do consumidor, anteriormente ao envio do cartão; a análise do perfil do consumidor em situações de aumento do limite do crédito, podendo valer-se, inclusive do *scoring*; a ciência prévia inequívoca quanto aos encargos contratuais e demais cláusulas restritivas; a formulação administrativa de plano de pagamento da dívida com descontos que o tornem viável, etc.

⁴⁷⁷ RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor* n.63. São Paulo: RT, jul./set, 2007, p.237-238.

4.3.1.1.2 Cheque especial

O contrato de abertura de crédito em conta corrente, mais conhecido como cheque especial, é uma das modalidades de crédito mais difundidas no Brasil e consiste no contrato de adesão entre o consumidor e a instituição financeira, cujo objeto é a concessão de um limite de crédito rotativo, vinculado diretamente na conta corrente do consumidor, no valor, prazo e vencimento estipulados no instrumento contratual.

O crédito será utilizado para a cobertura de saldos negativos em decorrência da emissão de cheques, ordens de pagamento à vista, saques de dinheiro em terminais eletrônicos e outras modalidades de movimentação em conta corrente.⁴⁷⁸

Para o consumidor, a vantagem do cheque especial encontra-se no recebimento imediato do limite de crédito pré-acordado, a fim de saldar tempestivamente os compromissos assumidos.

O cheque especial, entretanto, como todas as demais formas de concessão de crédito, pode traduzir uma grande ameaça para a estabilidade financeira do consumidor, se não for adequadamente utilizado com o fim de cobrir despesas urgentes, de valor baixo e para as quais o reembolso poderá ser feito em curtíssimo prazo.

As elevadas taxas de juros (de até 150% ao ano) e a regular prática do anatocismo pelas instituições financeiras, associadas ao desconto direto na conta corrente do consumidor, pode retirar-lhe todo meio de subsistência, em casos de inadimplência por um longo período.

Assim como ocorre em relação ao cartão de crédito, a falta de informações ao consumidor, principalmente no que concerne às taxas de juros, contribui para contratações danosas ao equilíbrio econômico-financeiro dos endividados.

A publicidade do crédito fácil aduna-se a esse cenário, fazendo o consumidor acreditar no empréstimo pessoal através do cheque especial como solução imediata para os problemas financeiros, aquisição de bens ou contratação de serviços, sem a informação sobre os altos riscos assumidos em caso de demora no reembolso.

Nesse cenário, exsurge imprescindível a regulamentação da publicidade, a responsabilização pela má concessão do crédito, e o dever de conselho, que obriga justamente

⁴⁷⁸ Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMIDFA9BD9F7996C4CFC805E47479C44C8DCPTBRNN.htm>>. Acesso em: 15 maio 2014

o organismo de crédito a indicar somente os produtos que sejam adequados ao fim almejado pelo consumidor e a avaliar sua capacidade de reembolso, a fim de prevenir o endividamento excessivo nos contratos de abertura de crédito.

4.3.1.2 O crédito afetado

O crédito afetado destina-se a financiar o pagamento de um bem fornecido por terceiro, em resultado de uma combinação de dois contratos distintos, o de compra e venda, entre o consumidor e o comerciante, e o de crédito, entre o consumidor e a instituição credora⁴⁷⁹.

A operação de crédito é, portanto, afetada à realização de um outro contrato de consumo para a aquisição de bens ou serviços das mais variadas espécies, que podem ser automóveis, eletrodomésticos, móveis, vestuário etc.

As instituições de crédito frequentemente contratam com os fornecedores, que atuam como intermediários do crédito entre elas e o consumidor a partir da lógica de ganhar duas vezes⁴⁸⁰, ou seja, o fornecedor lucra na venda do bem propriamente dito e na intermediação do crediário. Assim, o estabelecimento comercial que vende o produto ou serviço oferece, ao mesmo tempo, o financiamento do bem, que é realizado por um contrato de crédito distinto daquele em que é feita a compra e venda.

Ocorre, todavia, que raramente o consumidor é informado de que está contratando um crediário com uma instituição financeira, com condições em tudo idênticas às do crédito pessoal⁴⁸¹ e que trata-se de contrato distinto e autônomo daquele que rege a compra e venda.

Para o consumidor, são inúmeros os potenciais problemas advindos desta contratação como, por exemplo, a impossibilidade de opor ao credor os meios de defesa de sua relação com o vendedor do produto. Assim, em caso de falta de entrega do bem, o consumidor enfrentará dificuldades para se valer da *exceptio non adimpleti contractus* em virtude da autonomia entre os contratos de compra e venda e de crédito, embora, em muitos casos, aos

⁴⁷⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 27.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Adriana Fileto Couto e Silva de; BAHIA, Marcos Tofani Baer. As práticas abusivas dos financiamentos ditos sem juros e o valor do dinheiro no tempo: um diálogo entre as ciências do direito e da matemática financeira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p.44.

⁴⁸¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 27

olhos do consumidor trate-se de uma operação única, com a finalidade de adquirir um bem ou serviço mediante pagamento parcelado.⁴⁸²

Assim, é imperiosa a regulamentação legal no sentido de vincular expressamente os contratos de crédito, com o propósito de proteger as expectativas legítimas⁴⁸³ do consumidor, que vislumbra uma operação unitária, coibindo, por conseguinte, eventuais abusos que possam ser cometidos pelo fornecedor e pela instituição credora.

4.3.1.3 *Empréstimo consignado*

O empréstimo consignado é um contrato de mútuo, mediante o qual o consumidor recebe uma determinada quantia de uma instituição financeira e, em contrapartida, autoriza o desconto mensal diretamente de seus vencimentos ou proventos, em folha de pagamento, no limite de 30 % do seu rendimento, para amortização parcial da dívida, até o reembolso do

⁴⁸² É claro que se fará necessária uma análise detida da situação concreta para definir-se eventual responsabilidade solidária dos entes envolvidos direta ou indiretamente na contratação. Perceba-se que o reflexo do aparecimento plural dos sujeitos fornecedores nas relações contratuais é a solidariedade entre os mesmos, o fenômeno da “repersonalização desmaterializada” do fornecedor (ou pós-personalização), e a conexidade dos contratos, todos decorrentes, em ultima ratio, do mandamento de proteção da confiança, oriundo da boa-fé contratual e eticamente ligado ao anonimato das relações sociais. A solidariedade se faz imprescindível dada a nítida vulnerabilidade do consumidor frente a complexidade das relações entre os fornecedores que unem esforços e atividades para oferecer no mercado produtos e serviços muitas vezes de forma não visualizada pelo consumidor. Esse consumidor, muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tendo consciência que mantém relação contratual com todos os que prestam serviços, ou que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não matem contrato. O fenômeno da pós-personalização, por sua vez, resulta da observação na sociedade de massa de que a personalização do fornecedor praticamente desapareceu em razão de uma repersonalização por meio de símbolos, fazeres, condutas sociais, práticas comerciais ou da própria organização da cadeia de fornecimento. É comum entes da cadeia de fornecimento aporem marca de outros ou emprestar nome comercial; veicularem informação ou publicidade; organizarem mix de serviços; contratarem com o consumidor diretamente e organizam os serviços credenciados ou autorizados. Trata-se de um fenômeno complexo, porquanto ao mesmo tempo que a marca ou grupo importa ao consumidor e faz parte das suas legítimas expectativas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (pode se tratar de grupo de empresas, franquiado, comerciante individual, etc.), importando justamente a marca. Por fim, a conexidade é resultante dos vínculos contratuais, tanto os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas pela finalidade do fornecimento no que se denomina “rede de contratos”, quanto do grupo eventual de consumidores solidários, assim como dos que através de contratos múltiplos paralelos e cooperativos unem fornecedores e consumidores para um fim de consumo (grupo de contratos). Essa visão ampliadora e qualificadora das relações de consumo introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor tem seu berço nos princípios da confiança e boa-fé contratuais e evidencia-se imprescindível à boa aplicação do Código Consumerista, na medida em que revigora os deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, que devem se fazer presentes nas relações sociais antes da conclusão do contrato, e ainda depois de exauridas as prestações principais, pois são deveres de conduta humana, somente indiretamente dirigidos a prestação contratual..

⁴⁸³ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002, p. 100.

valor total do empréstimo, acrescido de encargos financeiros, não podendo a amortização total do débito ultrapassar 60 meses.

Esse tipo de empréstimo alberga consumidores que detém folhas de pagamento advindas do serviço público (Lei 1046/50), benefícios do INSS ou de empregos na iniciativa privada (a partir da Lei 10.820/2003), existindo inicialmente apenas para os que estivessem na ativa, e depois estendendo-se aos aposentados e pensionistas, com a dedução direta no valor dos benefícios, vindo a tornar-se uma das modalidades favoritas dos brasileiros, em razão das baixas taxas de juros, prazos dilatados e pouca burocracia para a contratação .

As taxas de juros e os demais encargos são mais vantajosos do que aqueles praticados nas demais formas de contratação do crédito, em virtude do menor risco de inadimplência oferecida pelo desconto direto em folha. Por tais motivos, desde 2004, a publicidade em torno do empréstimo consignado e o recurso a esta modalidade tem aumentado significativamente.

Em outubro de 2012, foram registrados 768.053 operações de crédito consignado, sendo 407.612 por segurados que recebiam até um salário mínimo. Na faixa salarial de um até três salários mínimos foram contratados 247.251 operações, e na faixa acima de três salários mínimos foram liberados 113.190 contratos.⁴⁸⁴

Os maiores problemas relacionados a este empréstimo encontram-se na utilização do crédito consignado juntamente com outras modalidades, como os cartões de crédito, cheque especial e empréstimos pessoais em geral, gerando um acúmulo de dívidas que impede o consumidor de dispor de um mínimo necessário para a sobrevivência familiar.

Muitos dos que contratam empréstimo consignado acabam ultrapassando a margem consignável em razão da possibilidade de quitar um anterior consignado com outro novo, em bancos distintos, sem falar no assédio dos chamados “pastinhas”, avultando o endividamento escorchante do consumidor.

A propósito, muitas instituições financeiras burlam a margem legal quando induzem os trabalhadores ou aposentados, a transformarem as contas exclusivas para recebimento de proventos ou pensões em contas correntes, passando a oferecer diversas modalidades de crédito, através de procedimentos desburocratizados e rápidos, do que é um bom exemplo o empréstimo na boca do caixa eletrônico.

⁴⁸⁴ Cf. Portal Brasil. Operações de crédito consignado no INSS somam R\$ 2,8 bi em outubro. 29 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/11/29/operacoes-de-credito-consignado-no-inss-somam-r-2-8-bi-em-outubro>>. Acesso em 14.06.2014.

Perceba-se que a publicidade do empréstimo consignado rápido e fácil, sem a exigência de garantias ou consulta prévia aos cadastros restritivos de crédito, e com alusão a crédito “gratuito”, gera a falsa impressão de que o mutuário não terá de arcar com juros e demais encargos na contratação.

A abusividade é tamanha que muitas instituições averbam reserva de margem consignada (RMC) no órgão pagador, para pagar, por exemplo, faturas de cartão de crédito que os pensionistas sequer receberam, sendo comum a efetivação pelo INSS, sem qualquer autorização do titular do benefício.⁴⁸⁵

A situação é ainda mais crítica no caso dos consumidores de baixa renda e dos consumidores idosos – chamados hipervulneráveis - que constitui o principal alvo da captação e marketing agressivo das instituições financeiras e dos correspondentes, que recebem pelo número de contratos firmados. Esses consumidores quase sempre são impulsionados a comprometer considerável parte de sua renda com empréstimos, sem a possibilidade de adimplemento voluntário, levando-os a uma situação de insolvência, e comprometimento do arrimo da família, num estágio de vida em que estão mais debilitados e carentes de assistência.

Pode-se, portanto, taxar esses empréstimos de irresponsáveis, assim como os que ocorrem no oferecimento do refinanciamento das dívidas pré-existentes, através da aquisição de novos empréstimos pelos consumidores, especialmente os idosos.

Atento às fraudes e endividamentos excessivos que tanto vitimam os idosos, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) mudou as regras de contratação do consignado, estabelecendo que os aposentados e os pensionistas que denunciarem descontos indevidos nos benefícios terão os descontos suspensos e a margem consignada bloqueada até que o INSS apure a denúncia.

Antes da medida, o segurado conseguia a restauração da margem consignável de 30% dos benefícios após denunciar supostas fraudes à Ouvidoria da Previdência, e obter a suspensão dos descontos. Com a margem restabelecida, o segurado do INSS contraía novos empréstimos, endividando-se mais e ficando mais vulnerável ao assédio dos corretores bancários e aos golpes dos estelionatários.

⁴⁸⁵SASSE, Cintia. As armadilhas do crédito consignado. *Jornal do Senado*. Disponível em: <www.senadofederal.gov.br/jornal/edições/2013/09/03>. Acesso em 15 jun. 2014.

As pesquisas mostram que os idosos brasileiros estão despreparados para lidar com a oferta do crédito fácil, têm baixa escolaridade, são assediados não só pelas instituições bancárias, mas também pelos familiares e são presas fáceis dos criminosos.⁴⁸⁶

Destacam-se, pois, como principais formas de prevenção ao endividamento excessivo, a regulamentação da publicidade, a responsabilização pela má concessão do crédito e a necessidade de tratamento diferenciado para os consumidores hipervulneráveis.⁴⁸⁷

4.4 A CULTURA DO ENDIVIDAMENTO: O DESEQUILÍBRIO NA RELAÇÃO ENTRE O CRÉDITO E O CONSUMO.

É nítida a expansão da cultura do consumo, que tanto se deu em razão do vertiginoso aumento de produção dos produtos e serviços ofertados no mercado, como também pelo pensamento coletivo de adquirir esses produtos e serviços para obter inserção e aceitação sociais.

Como pondera o psicólogo Gustavo Barcellos, “comprar é um impulso ascendente, de natureza espiritual, que nos joga no eixo entre elevação e mergulho. Mas é também um foco de fantasia, portanto um lugar de alma, nunca um gesto puro. Diga-me o que compras e te direi quem és! Direi também como patologizas e como imaginas a liberdade”.⁴⁸⁸

Se o endividamento ocorre em contexto de crescimento econômico, de estabilidade do emprego, sem que as camadas sociais estejam com rendimentos próximos ao limiar da pobreza, traduz apenas um processo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o aumento do bem estar das famílias. Ao contrário, traveste-se de causa de exclusão social, num quadro penoso de desestruturação psicológica, emocional, financeira e familiar.

Em verdade, a sociedade de consumo, e sua “síndrome cultural consumista”⁴⁸⁹, quer que o processo de saciedade do consumo seja infindável, e é por isso que Bauman afirma que os “pensamentos que emergem dentro do horizonte cognitivo moldado pelas práticas diárias

⁴⁸⁶Cf. SASSE, Cintia. As armadilhas do crédito consignado. Jornal do Senado. Disponível em: <www.senadofederal.gov.br/jornal/edições/2013/09/03>. Acesso em 15 jun. 2014.

⁴⁸⁷ No Congresso tramitam projetos importantes ao enfrentamento do assédio aos idosos. Um deles (PLS 222/2012), de Vital do Rêgo (PMDB-PB), inclui no Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que proíbe o assédio para concessão de crédito, especialmente a idosos, analfabetos e doentes. A proibição que coíbe a ação dos “pastinhas”, também foi recomendada pelos juristas que apresentaram uma proposta específica para o superendividamento (PLS 283/2012), e foi mantida no relatório de Ricardo Ferraço (PMDB-ES). Na Câmara, está na fase final de tramitação um projeto que torna crime o aliciamento, a indução ou qualquer outro meio que faça o idoso contrair empréstimos consignados de forma fraudulenta (PL 807/2011).

⁴⁸⁸ BARCELLOS, Gustavo. *A alma do consumo*. Le Monde Diplomatique Brasil. Edição 17, dez, 2008. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=291>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁴⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 111.

dos consumidores invariavelmente acentuam o agudo interesse pelo mercado consumidor e ampliam-lhe os poderes de sedução”⁴⁹⁰.

Nesse encaixe, Nichole Chardin afirma que “os contratos de consumo terão todas as chances de serem concluídos a partir de um impulso incontrolado do desejo e não por uma vontade verdadeira, justamente porque o consumo é comandado pelo prazer, e não pela razão.”⁴⁹¹

O consumo acaba sendo uma forma atual transformada dos sujeitos estabelecerem relações com o mundo dos objetos, dos seres e da interioridade, invertendo os valores existenciais, e instalando a lógica de um *homo consumericus*, fazendo da felicidade, do bem estar, da família, do sexo, do lazer *commodities* reféns da engrenagem do consumo.⁴⁹²

Essa "síndrome cultural consumista" valoriza a novidade, reduz o espaço de tempo entre o nascimento da vontade e a sua morte, bem assim o espaço de tempo entre a percepção da utilidade do bem e a sua posterior rejeição.

Conforme expõe Baudrillard, a cultura passa a ser "reciclada", não sendo produzida para durar, mas para atuar em movimentos cíclicos, momentâneos, que se iniciam e findam com rapidez⁴⁹³, e a constante adesão a essa lógica-moda é a senha da inclusão social, e do afastamento do sentimento da segregação social.

A febre do consumo nos faz pensar que ele seja uma compensação, uma maneira de consolar-se das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro, e levar o mundo a virar alma.

O ato de consumir, promovido como um direito, configura, em verdade, um dever daquele que pretende se manter afiliado, pois como ensina Bauman⁴⁹⁴ consumir significa "investir na afiliação social de si próprio", que serve para o "valor social e a autoestima do

⁴⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós- modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. . Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 54

⁴⁹¹ CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 36.

⁴⁹² Cf. BARCELLOS, Gustavo. *A alma do consumo. A alma do consumo*. Le Monde Diplomatique Brasil. Edição 17, dez, 2008. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=291>>. Acesso em: 13 maio 2014. Conforme dispõe Bauman, o único personagem que os praticantes do mercado querem reconhecer e acolher é o *homo consumens*, um homem sem vínculos sociais, solitário, autorreferente e aut centrado comprador que acolheu a busca pela melhor barganha como uma cura para o mal da solidão, e não conhece outra terapia. (BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p.89-90)

⁴⁹³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 105.

⁴⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. . Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 75-76.

indivíduo".⁴⁹⁵

Nesse modelo de sociedade, sociedade de consumo e de democratização do crédito, distintamente do que ocorria nas sociedades tradicionais, não existe uma estratificação social predisposta, pois a definição da posição social dos sujeitos se dá a partir de suas escolhas de consumo, verdadeira prisão dos novos tempos.

A sociedade propõe a ideologia da personalização ou identidade social dos sujeitos através do signo do consumo, de modo que é nas escolhas de consumo que se encontra o valor social do homem. Trata-se de um "código social de valores", que implica a representação para os pares sociais do alcance pelo indivíduo dos valores criados pela sociedade de consumo⁴⁹⁶. Essa identidade social, em verdade, representa verdadeira escravidão ou pressão às necessidades insaciáveis, à competição social, à tirania cultural.⁴⁹⁷

Nessa nova sociedade, a ditadura da distinção social a partir do consumo é imposta a todas as classes sociais, inclusive a menos favorecida, que, desse modo, é instigada, induzida, seduzida, ludibriada a gastar o mínimo que possui em objetos de consumo para sentir-se inclusa socialmente e feliz.

Fazendo-se um paralelo com a sociedade moderna, ou sociedade de produtores⁴⁹⁸, percebe-se que nesta a segurança e estabilidade do grupo familiar são os principais objetivos dos indivíduos, de modo a prevalecer a acumulação de objetos, e residir a satisfação na promessa de segurança a longo prazo, e não no desfrute imediato de prazeres⁴⁹⁹.

Diferentemente, na sociedade pós-moderna consumista, a satisfação encontra-se na aquisição de novos bens, na necessidade de constante reinvenção, ou seja, o prazer está na esfera do "adquirir" e, portanto, na esfera do rompimento com o ultrapassado. O prazer da aquisição do objeto é por si efêmero, e, por tal, faz surgir logo a necessidade de substituí-lo por outro, para satisfazer o próximo desejo e preencher o vazio gerado pelo fenecimento do prazer que o objeto obsoleto não é mais apto a proporcionar.

⁴⁹⁵ Cristina Terez Gaulia afirma que "o consumismo é a doença da baixa autoestima, a fragilização da alma interior". (Cf. GAULIA, Cristina Tereza. O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*. n.71. São Paulo: RT, 2009, jul-set, p.38)

⁴⁹⁶ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 78-80.

⁴⁹⁷ Cf. GIANCOLI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 112.

⁴⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria* Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 42.

⁴⁹⁹ *Ibid.* p. 43. O doutrinador ainda observa que, na realidade moderna, os bens deveriam ter longa durabilidade e os objetos de maior preço eram aqueles que representavam uma resistência maior, como jóias e terra.

De acordo com essa forma de pensar, considerável parte dos bens e coisas consumidas na sociedade não são funcionais, só possuindo utilidade no mundo da experiência subjetiva do consumidor, a partir do paradigma da sociedade de abundância.

A possibilidade de deslocamento do pagamento para o futuro e o seu fracionamento é contribuição decisiva para essa realidade, porquanto conduz ao precipitado consentimento ou ao consumo desnecessário, pois sem a necessária reflexão, e muitas vezes de modo incompatível com a capacidade econômica do consumidor.

Como assevera Bauman, o consumo abundante é dito e mostrado como a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e a fama, aprendendo os consumidores, desde cedo, que possuir e consumir certos objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana.⁵⁰⁰

Tem-se, assim, a liberdade como sinônimo de realização de desejos, que vão se remodelar e reinventar na mesma medida da renovação da moda, dos objetos de desejo, dos sonhos, o que levou Bauman a afirmar que o “eixo da estratégia de vida pós-moderna não é fazer a identidade deter-se, mas evitar que se fixe”⁵⁰¹. Ainda segundo o autor, esse posicionar-se no mundo do consumo, torna o sujeito uma “mercadoria” para que seja desejado e aceito pelo outro a partir da sua aparência e da imagem vendida, de modo que ele passa a ser aquilo que possui⁵⁰².

Entretanto, "a liberdade e a soberania do consumidor não passam de mistificação" ⁵⁰³, pois não é o consumo que controla a produção, mas as grandes corporações produtivas é que controlam o comportamento do mercado de consumo⁵⁰⁴, ditando a moda, os valores, as tendências, de modo a retirar do indivíduo todo o poder de decisão.

A publicidade se presta ao propósito dessa manipulação do comportamento, dos hábitos, das preferências do consumidor para aquilo que é ditado pela ordem produtiva,

⁵⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós - modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 56.

⁵⁰¹ Ibid. p.114.

⁵⁰² Em sentido contrário, Lívia Barbosa apresenta uma "perspectiva positiva" a respeito da cultura do consumo, como um "universo no qual predomina a autonomia de escolha e a soberania do consumidor", Cf. BARBOSA, Lívia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 32.

⁵⁰³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 72.

⁵⁰⁴ Ibid, p. 71. É o que o autor denomina como “ditadura da ordem de produção” ou “feira invertida” (a feira clássica é aquela em que o indivíduo determina a ordem de produção)

imprimindo no consumidor o desejo de comportar-se, vestir-se, criar hábitos e fazer escolhas, supostamente livres e prazerosas, mas, na verdade, impostas pelo setor produtivo.⁵⁰⁵

Essa publicidade em massa incute no cidadão a possibilidade de alcançar, independentemente de idade ou origem social, o bem-estar com a aquisição de determinado produto ou serviço, através da obtenção do crédito. Ocorre que, para a aquisição de bens e serviços, muitas vezes, como já restou assentado, estará o consumidor reutilizando o crédito que lhe é concedido, num rolamento de dívida.

Conforme o Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre a publicidade destinada a jovens e crianças, de 18.09.2012, 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos que seus amigos adquiriram como signos modistas e acabam influenciando as decisões de compra dos pais, especialmente aqueles de poucos recursos, que acabam penalizados pela publicidade agressiva.⁵⁰⁶

A propósito, o Projeto de Lei 283/2012, em tramitação no Senado Federal, propõe a proibição expressa da publicidade com expressões como “crédito gratuito”, “sem juros” e “sem acréscimo”, a fim de preservar os consumidores.

Enfim, o indivíduo será recompensado com a inclusão social, ou penalizado, com a segregação social, pela sociedade de acordo com a resposta que ele confere aos apelos consumistas. Por isso, vive-se a urgência e a correria pelo agora na pós-modernidade, sendo uma de suas marcas o desfrute imediato do prazer e a necessidade de satisfazer impulsos com tamanha rapidez e intensidade como se fossem necessidades existenciais.

O endividamento, portanto, tornou-se um fato inerente à atividade econômica.

O consumo de produtos ou serviços, ainda que deles não se precise, habitualmente se dá por meros impulsos, de obter algo mais, como se isso fizesse do adquirente uma pessoa mais bem aceita.⁵⁰⁷ Na ambiência do endividamento, tudo se compra a prazo, sejam bens de considerável valor pecuniário ou os de pequena significação, sejam os indispensáveis à sobrevivência, ou os dispensáveis, e as consequências desse endividamento pode alçar a ruína do consumidor e de sua família.

⁵⁰⁵ José Reinaldo lembra que a relação entre consumidores e fornecedores merece atenção sob o prisma das práticas abusivas, antes das cláusulas abusivas. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidor e sistema financeiro*. Revista de direito do consumidor, n22, abril-junho-1997, p.96)

⁵⁰⁶ Comitê Econômico e Social Europeu. Parecer INT/593. Publicidade – jovens e crianças. Relator Jorge Pegado Liz. Bruxelas, 18.09.2012, p.7.

⁵⁰⁷ Cf. CEZAR, Fernanda Moreira, O empresário e o direito do consumidor: algumas considerações acerca do conceito de consumidor e sobre o risco do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 251-308

Os consumidores tendem a ostentar uma comprometedora confiança, exacerbada pela ilusão de controle que direciona os indivíduos a superestimarem suas habilidades em evitar eventos negativos, em função de seu próprio comportamento.

A oferta do crédito pelos bancos é tentadora.⁵⁰⁸ Conforme pesquisa divulgada pelo PEIC nacional ⁵⁰⁹, em maio de 2014, o percentual de famílias endividadas com cheques pré-datados, cartão de crédito, cheque especial, carnê de loja, empréstimos pessoais, financiamento de carro e seguro, foi de 62,7%. Dessas famílias, 20,9% estavam com contas atrasadas, sendo 6,8% sem condições de quitá-las. Em famílias com renda superior a 10 salários mínimos o endividamento foi de 55,4% e nas famílias com renda inferior a 10 salários o endividamento ficou no patamar de 64,1%. No grupo de famílias com renda superior a 10 salários a inadimplência foi de 10,4% , e nas famílias com renda inferior a 10 salários foi de 23,3%. No indicador impossibilidade de pagar, referiu-se nas famílias com renda superior a 10 salários o percentual de 2,5% e com renda inferior a 10 salários 8%. No universo de entrevistados, apurou-se 12,2% de muito endividados. O tempo médio de comprometimento das famílias com dívida foi de 7 meses, sendo 31,5% com dívida por mais de um ano e 25,5% até três meses. A parcela média da renda comprometida ficou em torno de 30,5%, mas 21,1% dos entrevistados afirmaram ter mais da metade da renda comprometida. O maior vilão das dívidas foi o cartão de crédito, 75,3% dos entrevistados estavam endividados por meio dele.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Numa tentativa de atrair 50 milhões de novos indivíduos para o setor bancário, os bancos vem alavancando canais alternativos para a cobertura de pontos de serviços, a exemplo de agências de correios, supermercados, lojas lotéricas. (Cf. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, 2010, p.54)

⁵⁰⁹ Conforme a Confederação Nacional do Comércio (CNC), a Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic Nacional) é apurada mensalmente pela CNC a partir de janeiro de 2010. Os dados são coletados em todas as capitais dos Estados e no Distrito Federal, com cerca de 18.000 consumidores. Das informações coletadas, são apurados importantes indicadores: percentual de consumidores endividados, percentual de consumidores com contas em atraso, percentual de consumidores que não terão condições de pagar suas dívidas, tempo de endividamento e nível de comprometimento da renda. O aspecto mais importante da pesquisa é que, além de traçar um perfil do endividamento, permite o acompanhamento do nível de comprometimento do consumidor com dívidas e sua percepção em relação a sua capacidade de pagamento. (Confederação Nacional do Comércio. [esclarecimento sobre a pesquisa realizada pela CNC]. Disponível em: <www.cnc.org.br>. Acesso em 31.05.2014.)

⁵¹⁰ Conforme pesquisa encomendada pelo SPC Brasil (Serviço de Proteção ao Crédito) e pela CNDL (Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas), os consumidores que têm gastos fixos elevados com aluguel, pensão alimentícia e financiamento de carro estão mais propensas a se tornarem consumidores inadimplentes. O estudo mostrou que a maior parte dos inadimplentes são mulheres (52%). Com relação a faixa etária, a maior parte dos inadimplentes está entre os que têm 35 e 49 anos, com 36%. Em seguida aparecem as pessoas com idade entre 25 e 34 anos (34%) e 50 a 64 anos (12%). Também foi identificado que o índice de inadimplência é maior entre as famílias com renda de R\$ 1.376 a R\$ 2.200 (28%), seguido por aqueles com renda familiar de R\$ 2.201 a R\$ 3.825, com 22% e famílias com renda de R\$ 906 a R\$ 1.375, com 19%. Outro dado interessante é que

Dados alarmantes como esses fizeram com que economistas pusessem o crédito no Brasil "no banco dos réus", sobretudo diante das distorções no sistema de intermediação que colocam em risco a oferta saudável de crédito, o que pode, inclusive, gerar atraso ao crescimento nacional.

Á guisa desses dados, percebe-se que o mais preocupante, atualmente, são os consumidores que pagam as contas todos os meses, mas têm endividamento acima da renda. Muitos desses consumidores usam o crédito caro (rotativo do cartão de crédito e cheque especial) para rolar suas dívidas, já que acabam dispondo de reduzido percentual de sua renda para pagamento das despesas básicas de alimentação, transporte e moradia, o que gera uma bola de neve e a latência de uma insolvência próxima.

Para esses consumidores endividados não existem propostas para renegociação razoável e adequada das dívidas, até porque esses critérios de razoabilidade e adequação sequer são analisados responsabilmente na própria concessão do crédito, normalmente caracterizada por juros altos, vendas casadas, e desrespeito ao direito de informação.

Vale repisar ser inegável a importância do crédito à gerar uma melhoria no nível de vida, praticamente transformando-se em um direito social, além de impulsionar o desenvolvimento da atividade industrial.⁵¹¹ Mas, por outro vertente, esse crédito ao consumidor também pode gerar consequências nefastas em vários âmbitos, e com isso trazer problemas sociais (aumento da exclusão daquele menos favorecido) e econômicos (aumento da inadimplência e da taxa de juros, se a legislação não destinar uma proteção ao consumidor vulnerável).⁵¹²

a maior parte dos inadimplentes possui filhos (66%) e apenas 10% pagam pensão alimentícia. Com relação ao emprego, a maior parte possui estabilidade, 28% estão empregados a mais de cinco anos. Na outra ponta, a pesquisa mostrou que ser mais velho, ter estabilidade no emprego e fazer planejamento financeiro são características de quem mantém as contas em dia. Dos consumidores adimplentes, 63% são mulheres, 28% possuem idades entre 50 e 64 anos, 27%, têm idade entre 35 e 49 anos e 16%, têm idade entre 25 e 34 anos. Com relação a renda familiar, 26% ganham entre R\$ 2.201 e R\$ 3.825, seguido por aqueles que ganham entre R\$ 1.376 e R\$ 2.200 (20%) e 19%, possuem renda de R\$ 906 e R\$ 1.375. Ainda 55% estão no mesmo emprego a mais de cinco anos e 81% possuem casa própria. (Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa Nacional de endividamento e inadimplência do consumidor. Fev.2014. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/pesquisa-nacional-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumido-32> Acesso em: 10 maio 2014)

⁵¹¹ Como bem expõe Clarissa Costa de Lima: "é inegável que o crédito permite resolver o problema de acesso de muitas famílias a bens que são indicadores de qualidade de vida e até mesmo indispensáveis ao bem-estar mínimo das famílias. Não há economista no mundo que duvide da importância do crédito para gerar crescimento, pois ao propiciar o aumento do consumo, obriga as empresas a produzir em maior escala e a empregar mais, aumentando o poder de compra da população, com melhora no seu nível de vida e assim por diante."

⁵¹² Na esteira do estudo feito pelo observatório do endividamento dos consumidores, analisado no artigo de Catarina Frades e Sara Magalhães, há um discurso do endividado no sentido da auto absolvição e da penalização

Em sua doutrina, a autora francesa Nicole Chardin ⁵¹³ afirma que o consumidor de crédito está submetido à pressão de forças externas e internas, mais fortes do que possa imaginar o consumidor, sobretudo porque representadas, na segunda hipótese, pelos desejos e necessidades do consumidor. Além disso, especial vulnerabilidade do consumidor de crédito deve-se ao fato de que o consumo pode ter mais afinidade com os desejos e necessidades do que propriamente com a vontade do consumidor.

Esse mesmo entendimento é demonstrado por José Reinaldo de Lima Lopes, pois, afirma, que "não são poucos os que se endividam para pagar despesas corriqueiras, despesas de manutenção diária ou despesas de serviços indispensáveis."⁵¹⁴ Ademais, como já se disse, a possibilidade de projetar o pagamento em parcelas diferidas no tempo leva o consumidor a aquisições impulsivas e irrefletidas, e, na maioria das vezes, incompatíveis com as condições econômicas e financeiras do consumidor, sendo o passaporte para o superendividamento.

Além deste aspecto, os contratos de concessão de crédito são, via de regra, contratos cativos de longa duração. O consumidor fica vinculado às parcelas por considerável período e, muitas vezes, permanente, pela incapacidade de saldá-los. Este fenômeno leva o consumidor a cumular outros contratos, ou seja, mais dívidas, o que também contribui para o seu endividamento.

Enfim, a oferta fácil do crédito, os efeitos da publicidade maciça sobre o consumidor, capturando os indivíduos para a necessidade do consumo de produtos ou serviços, assim como a concessão irresponsável do crédito, a pretexto de sua democratização, fazem surgir o endividado excessivo, aquele que não é capaz de fazer frente aos seus compromissos obrigacionais, exposto a prejuízos de toda ordem, e que demanda atuação do Estado, através de políticas públicas e ações nas esferas legislativa e judicial, sem olvidar da postura de alteridade dos próprios fornecedores, dada a responsabilidade social frente aos endividados.

moral do crédito.(FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento , a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: RT, p.31).

⁵¹³ CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 34

⁵¹⁴ LOPES, José Ronaldo de Lima. Direito do consumidor endividado (prefácio). In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângella Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 6.

4.4.1 A falta de ética da responsabilidade na concessão do crédito a gerar a responsabilidade do fornecedor pelos danos.

Como percebe Marcio Mello Casado, as instituições financeiras, ao concederem crédito aos particulares, sem o devido atendimento aos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, e, portanto, sem a devida cautela, cometem um ilícito, e, por tal, deve repará-lo, ainda que seja por meio da intervenção do Poder Judiciário.⁵¹⁵

É comum a concessão de crédito a consumidores que já estão endividados, e se mantem à custa de créditos rotativos, sem o prévio esclarecimento quanto ao necessário limite das forças do endividamento. Essa prática somente aumenta uma aparência de solvabilidade, fazendo crescer, na realidade, a importância do passivo.

Desse modo, pode-se afirmar que a concessão de crédito de modo imprudente e inapropriado contraria o Direito, e insere-se em rota de colisão com a esperada conformação da conduta das partes aos deveres gerais de conduta, à confiança depositada na relação jurídica, e à solidariedade social.⁵¹⁶

Configurando a concessão de crédito desmedida um produto defeituoso, gerador de danos, a responsabilidade dos fornecedores em razão da mesma é inderrogável, e prescinde do elemento culpa, seja porque certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens, seja porque o exercício de certos direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados⁵¹⁷.

A construção da responsabilidade civil deve levar em consideração a conformação da conduta das partes ao programa obrigacional concretamente estabelecido, aos deveres gerais de conduta – lastreados na boa-fé objetiva - de modo a aferir-se a substancialidade, e não formalidade, do adimplemento e satisfação das expectativas do credor.⁵¹⁸

O dever de reparar depende da existência de um dano e exige que tenha sido disparado pela violação de um dever contratual ou extracontratual imputável à conduta de uma das partes. Assim, diante da desconformidade entre o comportamento e a conduta que deveria ser observado no processo concreto obrigacional, se apura a contrariedade ao direito, e,

⁵¹⁵ CASADO, Marcio Mello. *A responsabilidade civil das casas bancárias no fornecimento inadequado do crédito*. Revista de Direito do Consumidor, n22, abril - jun 1997, p. 117

⁵¹⁶ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

⁵¹⁷ DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 106.

⁵¹⁸ Cf. BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21

consequentemente, a responsabilidade, sem referencia à culpa, buscando-se a equalização do equilíbrio da relação jurídica.

Mas, observe-se, que o dever de reparar pode prescindir de um dano efetivo, mas não prescinde de uma lesão injusta a um interesse juridicamente protegido, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Uma lesão injusta assim o será ou porque foi injustamente causado ou por ser injusto que aquele que o sofreu suporte sozinho suas consequências. Percebe-se que o foco é sobre a lesão, e a culpa deve revelar se essa lesão deriva do exercício de um interesse digno de tutela.

De outro prisma, o paradigma da essencialidade permite a mitigação dos efeitos do inadimplemento da prestação, podendo ser usado no processo de reconfiguração da noção de impossibilidade exoneratória. A propósito, o Código Civil Alemão já equipara a impossibilidade objetiva à subjetiva, quando alude à impossibilidade fática, o contexto fático em que se encontra o devedor.

Nesse compasso, importante repisar é que o contrato que obriga é o contrato justo, de modo que a oneração superveniente desproporcional ao resultado projetado no momento do ajuste negocial poderá integrar os moldes da impossibilidade justificada.

Percebe-se, assim, a importância do recurso aos fatores objetivos de atribuição do dever de reparar o dano injusto nas hipóteses de violação de deveres gerais de conduta, o que parece derivar do valor que assume a necessidade de proteção da vida, valor que, ao lado da integridade psicofísica e de outros vetores que compõem o conjunto aberto de direitos da personalidade, justifica a existência – ainda que não os limite a essas situações – dos deveres sob análise.

Enfim, a revisitação dos pressupostos da responsabilidade civil deriva da valorização da confiança depositada na conduta do outro, da obrigação de segurança. Não importa se o dever violado fora conhecido com antecipação, devendo-se levar em conta a aferição de fatores de atribuição do dever de reparação, se os comportamentos foram informados pela boa-fé, solidariedade social.⁵¹⁹

É sob essa reconstrução da responsabilidade civil dos fornecedores de crédito que, a seguir, será analisado o fenômeno do superendividamento.

⁵¹⁹CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

5 SUPERENDIVIDAMENTO ⁵²⁰

Como já alinhavado, o mercado financeiro da pós-modernidade caracteriza-se pela variedade e sofisticação de seus instrumentos de atuação, sobretudo em virtude da globalização, evoluções tecnológicas, criação de novos canais de distribuição de serviços, bens e informação.

A oferta dos produtos e serviços de crédito é cada vez mais fértil, valendo-se os fornecedores de práticas comerciais cada vez mais agressivas, das quais se destaca a publicidade maciça e hipnotizante, e seus ínsitos artifícios, destinados a tragar os potenciais consumidores do crédito, sem que procedam, esses fornecedores, às diligências acautelatórias necessárias, tanto para garantir a sua própria expectativa de adimplemento, como para dar ao consumidor reais possibilidades desse adimplemento, a partir da plena informação e respeito aos deveres anexos das relações contratuais⁵²¹.

Se é fato que o acesso ao crédito constitui ferramenta do desenvolvimento das economias hodiernas, também o é a constatação de que a complexidade dessas formas de contratação, envolvendo riscos, custos e responsabilidades, acaba por gerar uma assimetria de informações e conhecimento, prejudicando a satisfatória compreensão do consumidor acerca dos termos e condições do negócio, e, por conseguinte, a sua avaliação sobre a adequação do contrato às suas necessidades e possibilidades econômicas, o que o acaba levando a escolhas impróprias ou inadequadas, cujas consequências costumam conduzir ao endereço do

⁵²⁰ A doutrinadora Claudia Lima Marques justifica a opção pela expressão “super” como adjetivo de quantidade, visando alertar para situação de impossibilidade global de pagar, de honrar ou de suportar um grande endividamento de consumo e de boa-fé da pessoa física consumidora. Na minha concepção, melhor seria a utilização da expressão “trans”, à significar que a situação de endividamento transfixa, transpassa a alea econômica, para repercutir na posição sociológica, psicológica e política do consumidor. Esse alcance demonstra que o comprometimento do consumidor não se dá apenas no aspecto patrimonial, mas engloba o seu equilíbrio emocional e se sua família, assim como as suas relações sociais e políticas na sociedade. Diante dessa clareira, imprescindível se faz a análise e tratamento do fenômeno do endividamento extremo, superendividamento ou transendividamento, à guisa de um diálogo transdisciplinar que logra alçar fenômenos da psicologia, sociologia, filosofia, etc. De qualquer modo, na presente pesquisa, esta sendo usada a expressão superendividamento em razão de sua absorção pela comunidade jurídica nacional, inclusive pelo legislador, de lege ferenda, conforme se apura do Projeto de Lei 283/2012.

⁵²¹ Segundo Claudia Lima Marques: “Uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional. Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série de perigos para o consumidor, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, de práticas comerciais abusivas, de abusos contratuais, da existência de monopólios naturais dos serviços públicos concedidos ou privatizados, de falhas na concorrência, no mercado, na informação e na liberdade material do contratante mais fraco na elaboração e conclusão dos contratos. Apesar de todos estes perigos e dificuldades, o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.590-591).

endividamento extremado.

Ora, o endividamento, sobretudo numa economia de mercado capitalista, como a do Brasil, é um fato inerente à vida social, pois, para se ter acesso aos bens de consumo básicos (alimentação, vestuário, transporte, água, luz, moradia) ou de comodidades (pacotes turísticos, benfeitorias voluptuárias, festas, joias, etc.) as pessoas gastam seu orçamento familiar, sem lograrem muitas vezes sequer uma diminuta poupança.⁵²²

Entrementes, o endividamento ordinário – verdadeiro direito do consumidor - na ambiência de uma democratização do crédito e de um modelo artificial de inclusão social e felicidade material, tem alçado a veia do superendividamento, fruto de um estimulado hiperconsumo e, muitas vezes, de práticas desleais dos fornecedores, levando os consumidores à impossibilidade global de quitação de suas dívidas, e, conseqüentemente, à não realização de suas necessidades básicas.

Os riscos advindos do superendividamento são maléficos para toda a sociedade, bastando observar o que aconteceu com a economia dos Estados Unidos, nos idos de 2008, cuja crise financeira teve origem na desregulamentação do setor financeiro e criou a chamada “bolha” no mercado imobiliário norte-americano, em razão do grande nível de consumo mantido, em detrimento da poupança, bem como pelo endividamento crescente das famílias americanas.

No Brasil, com o ingresso de 42 milhões de brasileiros no mercado de consumo, somente na última década, o superendividamento está na pauta das preocupações da comunidade jurídica, como realidade recorrente, havendo consciência quanto a necessidade de uma intervenção legislativa que atenda não só os que foram à bancarrota, mas também o enorme contingente de devedores expostos ao endividamento crônico, que precisa defender-se dos métodos desleais do mercado e ter apoio e educação para aprender a planejar suas dívidas.

Esse posicionamento, em face do superendividamento, vem ao encontro da nova concepção da autonomia privada e, conseqüentemente, do contrato como fenômeno social, cuja natureza afetiva correlaciona a formação da vontade do consumidor à atuação mais qualificada do fornecedor, no intuito de propiciar uma espécie de formação racional da vontade desse consumidor.

Nessa quadra, calha referir o mestre Clóvis Couto e Silva, para quem a relação

⁵²² Cf. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, 2010, Vol.1.

obrigacional deve ser entendida como uma totalidade orgânica, destacando-se o vínculo como uma “ordem de cooperação, formadora de unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”⁵²³, de modo que a ambos os protagonistas da relação jurídica poderão ser cometidos deveres em razão dessa ordem de cooperação.

Assim, a partir de um adequado tratamento do superendividamento, colima-se essencialmente manter um mercado de crédito sustentável, permitir a reabilitação econômica e social do devedor, precatando-se a sua exclusão social e preservando-se a sua dignidade.

É justamente nesse contexto de solidariedade e boa-fé que urge a análise da figura iconoclasta do superendividamento, que desnuda a face perversa da concessão desmedida do crédito, e suas conflituosidades de cunho social, econômico e jurídico.

5.1 CONCEITO

Na sociedade industrializada hodierna, chamada com propriedade de sociedade de consumo⁵²⁴, observa-se a predominância de contratações massificadas ou standartizadas, por meio dos conhecidos contratos de adesão ou condições gerais, e das chamadas condutas sociais típicas⁵²⁵.

No encerro contextual do fenômeno, a evolução estrutural dos meios de comunicação, transporte e maquinários, os fluxos migratórios, o aumento de produção, a padronização de produtos (lógica-moda), a publicidade de massa, dentre outros, são marcos de um desenvolvimento tecnológico fundamental na construção cultural de uma sociedade de abundância, onde as imagens luxuriantes, a sexualização dos corpos e signos incutem nos indivíduos a ideia de prazer e felicidade ligados ao consumo.

Toda essa sedução propõe uma nova forma de estar no mundo, com base no parecer

⁵²³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19.

⁵²⁴ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes “ A sociedade de consumo é uma sociedade de massas e de classes: suas relações definem-se pelo mercado, que , ao mesmo tempo permite interações anônimas e despersonalizadas entre grandes números de pessoas (por isso sociedade de massas) e determinadas pela sua posição respectiva no processo produtivo (na apropriação dos benefícios da vida social , por isso sociedade de classes) (LOPES, Jose Reinaldo de lima. *Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral*. Revista de direito do consumidor, n. 17. São Paulo: RT, 1996, p. 58.)

⁵²⁵ Claudia Lima Marques , ao tratar das contratações em massa, e da possibilidade dela se dar por meio escrito ou oral, mencionando a doutrina europeia, fala da aceitação através das chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos ou tickets de caixas automáticas, como formas de contratar em silencio ou sem diálogo, por coisas, imagens de coisas, palavras ditas, pré-escritas e outros símbolos, sem real dialética, visualizados em meios não perenes e virtuais. Por essa nova forma de contratação, vai denominar o homem atual de *homo videns*, utilizando a expressão de Irti, e não mais *homo loquens*, dada a importância do toque à visão para a realização de um contrato (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p.72)

ser e ter, fazendo do crédito o código de acesso ou inserção do indivíduo, ávido por uma espécie de felicidade artificial.⁵²⁶

Sem dúvida, essa avidez do consumidor, patrocinada pelo capitalismo voraz, aliada à probabilidade do isolamento social⁵²⁷, vieram ao encontro da não menos marcante intenção de lucro das instituições financeiras e bancárias, que encontraram terreno fértil para as concessões desmedidas e abusivas de crédito, quando o desiderato do crédito deveria ser o fim social de promover o desenvolvimento econômico equilibrado do país, servindo, assim, ao interesse da coletividade, tal como proposto na Constituição Federal (art. 192).

A conduta dos fornecedores na concessão desmedida do crédito, na exploração de publicidades agressivas, geradoras de falsas necessidades⁵²⁸, com o intuito de maiores margens de lucro, avilta o solidarismo, e, conseqüentemente, os deveres impostos pela boa-fé objetiva, em especial o da cooperação, como paradigma das relações obrigacionais.

Lembre-se aqui que as relações contratuais devem ser tratadas como uma totalidade orgânica de cooperação, decomponível em um sistema de processos, que se dirigem ao fim de realização da justiça e bem comum, a partir de uma atuação conforme a boa-fé objetiva, de modo a não mais ocuparem os protagonistas contratuais (credor e devedor) posições antagônicas e dialéticas⁵²⁹, devendo ambos encamparem o dever de consideração para com o

⁵²⁶ Segundo Bauman, os “demônios interiores” desse tipo de sociedade “ nascem de sedução do mercado consumidor. (...) O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e a fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos , e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana.[...] as pessoas que conseguem permanecer no jogo do consumismo não se preocupam com o estado da própria saúde[...] Os excluídos do jogo são exatamente a encarnação dos “demônios interiores” peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em guetos e sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhe são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto, são - metaforicamente falando - todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie” (BAUMAN, ZYGMUNT. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad.: Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.49; 57).

⁵²⁷ Segundo Gilles PAISANT “O superendividamento é fonte de isolamento, de marginalização; ele contribui para o aniquilamento social do indivíduo. Quanto mais este fenômeno aumenta, mais seu custo social se eleva e mais a necessidade de combatê-lo se impõe. As diversas experiências legislativas mostram que técnicas existem para, na medida do possível, prevenir e, na falta disso, tratar as situações de superendividamento. Estas leis não são destinadas a combater o desenvolvimento do crédito porque o crédito é um estímulo necessário à atividade econômica e fonte de numerosos empregos. Elas buscam somente moralizar a sua distribuição, responsabilizando tanto os consumidores quanto os organismos concedentes”. (Cf. MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa. *Prevenção e tratamento do superendividamento. Caderno de investigações científicas*. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Secretaria de Direito Econômico Brasília: 2010, p. 9-12).

⁵²⁸ Nas palavras de Allan C. Hutchinson “ *you live; you shop; you die*” – *that is the motto for modern Western societies*” (Apud CASADO, Marcio Mello. *Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista Direito do Consumidor, n. 33. São Paulo: RT, 2000, jan./mar , p. 131.)

⁵²⁹ Cf. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.17-19. Perceba-se que em sua obra, Couto e Silva destaca o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no

alter.

Nas hipóteses em que se fira o elo de cooperação, o endividamento pode gerar a incapacidade de pagamento, que, por sua vez, pode gerar o superendividamento, o que vem a ser sinônimo de flagelo social, de insolvência do consumidor, em caso de impossibilidade global de pagamento do complexo de dívidas contraídas, ou ainda quando exista uma séria ameaça de impossibilidade de cumpri-las quando se tornarem exigíveis.

No superendividamento, ou falência de consumidores, portanto, a passividade obrigacional ganha relevância jurídica quando o consumidor se vê “impossibilitado de uma forma durável ou estrutural de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis.”⁵³⁰

Pode-se definir, assim, o superendividamento, em seu aspecto jurídico semasiológico⁵³¹, como o fenômeno social, jurídico e econômico, inerente à sociedade de massa, resultante de uma expansão e concessão irresponsável do crédito, capaz de gerar a impossibilidade do consumidor, pessoa física, de boa-fé, de pagar o conjunto de suas dívidas de consumo, vencidas ou a vencer, sem prejuízo grave do sustento próprio ou de sua família.

Na doutrina europeia, trata-se o superendividamento do consumidor como um fenômeno estrutural, que deve ser encarado de forma global, e que se distancia da ideia de culpa subjetiva contratual do devedor endividado, superando a diferença entre fatos subjetivos e objetivos supervenientes.

Claudia Lima Marques prefere definir o fenômeno como "a impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delito e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio".⁵³²

Marcio Mello Casado refere-se ao fenômeno como sobreendividamento a significar situação em que se encontra aquele que, de boa-fé, adquiriu uma quantidade tal de compromissos financeiros que não consegue cumprir com a renda que percebe através de

desenvolvimento da relação obrigacional e que se ligam com interdependência.

⁵³⁰ MARQUES, Manoel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa, Almedina, 2000, p. 2

⁵³¹ A expressão está empregada para traduzir certa significação.

⁵³² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256 342-343. Nessa mesma senda a autora francesa Khayat diz que o superendividamento "se caracteriza pela impossibilidade manifesta pelo devedor de boa-fé face ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas" (Cf. KHAYAT, Danielly. *Le droit du surendettement des particuliers*. Paris: LGDJ, 1997 apud COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: A proteção do consumidor em direito comparado brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. p. 10).

salários ou outros tipos de rendimentos, bem assim aquele que detinha uma renda, com a qual cumpria as obrigações creditícias assumidas, vindo a perdê-la, em razão, por exemplo, de desemprego, e, ainda, as situações de abusos de direito por parte dos credores no afã de obter maior margem de lucro.”⁵³³ Segundo o articulista trata-se de “fenômeno que é fruto da sociedade de massas, onde o consumo é cada vez mais incentivado, através de publicidades agressivas, geradoras de falsas necessidades”, valendo para tanto a máxima de Allan C. Hutchinson “*you live; you shop; you die that is the motto for modern western societies*”.⁵³⁴

Na maioria dos casos, o superendividamento não se deve a uma única causa, já que o devedor deve fazer frente a um conjunto de obrigações derivadas de aquisição de bens e serviços de primeira necessidade, créditos hipotecários, carros, móveis etc. e, inclusive, decorrentes do abuso e incorreto uso do crédito rotativo.⁵³⁵ Somam-se, ainda, causas não econômicas, tais como falta de informação e educação dos consumidores, rupturas familiares, acidentes ou enfermidades crônicas, etc.

Clarissa Costa Lima aponta algumas razões para a incidência do superendividamento. Primeiramente, destaca a desregulamentação dos mercados de crédito, mediante a redução nos mecanismos de controle pelos bancos centrais do nível de crédito ao consumo e da abolição do teto de juros. Outrossim, refere-se a redução do estado de bem-estar social, quando não logrando educação pública ou assistência médica universal, os consumidores tenham onerado o seu orçamento, o que se agrava em caso de desemprego. Alude também ao excesso de crédito disponível e sua concessão irresponsável, por parte do fornecedor, e, por parte do consumidor, a impulsividade do consumo. Por fim, destaca o déficit de informação e de educação financeira, além da publicidade agressiva e os acidentes da vida.⁵³⁶

Todas essas variantes apontadas encontram espelho no Brasil, onde o fenômeno do superendividamento assume grande relevância como força propulsora e operativa da sociedade atual - que encontra no crédito o único meio de acesso aos bens de consumo básicos e à identidade social – mas, paradoxalmente, também traduz uma concepção de

⁵³³ CASADO, Marcio Mello. *Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista Direito do Consumidor, n. 33. São Paulo: RT, 2000, jan./mar, p. 130-131.

⁵³⁴ CASADO, Marcio Mello. *Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista Direito do Consumidor, n. 33. São Paulo: RT, 2000, jan-mar, p. 131.

⁵³⁵ BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 226.

⁵³⁶ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 35-36.

contrato anacrônica à guisa da funcionalização.⁵³⁷

Segundo pesquisa coordenada por Claudia Lima Marques, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com cem consumidores, 36,2% dos entrevistados se superendividaram em razão de desemprego, 19,5% em razão de doença ou acidente, 7,9% em razão de divórcio, 5,1% em razão de morte.⁵³⁸

Perceba-se que a função social do crédito, que seria de promover o desenvolvimento econômico e equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, na esteira do que preceitua o art. 192 da Constituição Federal de 1988, não está sendo respeitada, e, por conseguinte, a dignidade dos consumidores, que, cada vez mais, emergem no cenário das contratações massificadas massacrados por cláusulas e práticas abusivas.

A distorção dessa função social do crédito é clara, sobretudo diante das altas taxas de juros, que colimam saciar a sede individualista de lucros elevadíssimos pelas Instituições Financeiras, em detrimento do equilíbrio contratual.

Sabe-se que, na linha do que já foi tratado no presente trabalho, quando discorreu-se sobre a Constitucionalização do Direito Civil, o operador do direito, e, em especial, o julgador, numa visão antropocêntrica do contrato, deve interpretar as normas positivadas no ordenamento pátrio à luz dos valores e princípios humanísticos, sempre em prol da concretização do objetivo fundamental, consistente na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, e garantir o desenvolvimento nacional e o bem estar de todos.

Não é por outra razão que Konrad Hesse propõe uma interpretação conforme a constituição, lembrando que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, ou seja, que consegue concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições dominantes numa determinada situação⁵³⁹.

É feliz a colocação de Hesse, na medida em que alterando-se as relações jurídicas e sociais ao longo dos anos, com surgimento de novas formas de operações creditícias, menos burocráticas, sem a devida evolução do ordenamento positivado, deve-se valorar os fatos à luz

⁵³⁷ Mas esse fenômeno, registre-se, é comum nas sociedades atuais, em todo o mundo, não sendo apenas um "privilegio" dos países emergentes. A propósito, é definido como superendividamento ou sobreendividamento em Portugal, *over-indebtedness* nos EUA, Canadá e Reino Unido, *surendettement* na França, *Überschuldung* na Alemanha, recebendo em todos esses países tratamento como endividamento crônico, superior ao normal e às possibilidades do orçamento mensal do consumidor.

⁵³⁸ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, v. 01, 2010, p.57.

⁵³⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22/23.

do ordenamento jurídico, para definir a incidência da norma, sem qualquer miopia jurídica.⁵⁴⁰

Essa intervenção estatal se faz necessária para a conformação material do contrato à Constituição e ao Código de Defesa do Consumidor, numa ambiência de ordem pública de coordenação e direção, pois, como adverte Lorenzetti “o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares”, devendo-se evitar a invasão de “territórios socialmente sensíveis”.⁵⁴¹

O superendividamento reclama justamente esse caminho hermenêutico, para traduzir uma tutela efetiva, profilática ou curativa, colimando-se evitar a ruína ou morte civil do *homo economicus*. Calha lembrar, por oportuno, o ideal de igualdade propugnado por Aristóteles, fundada no tratamento desigual de desiguais, ou seja, na chamada discriminação positiva⁵⁴², que leva em consideração as desigualdades de fato. Não é por outro motivo que a própria Constituição Federal cria situações de “vantagens fundadas”, estabelecendo uma verdadeira igualdade através da lei, com o objetivo de atingir suas diretrizes, em especial a justiça social⁵⁴³.

Aliás, como bem colocou Marcio Casado, “não se pode admitir que um contrato seja o motivo da escravidão financeira da pessoa humana, desde que ela de boa-fé tenha dirigido sua conduta no desenvolvimento do processo obrigacional”⁵⁴⁴

Nesse toar, o fenômeno demanda medidas enérgicas, a exemplo de parcelamentos com consideração de prazos adequados, redução dos montantes, juros e taxas, perdão condicionado em casos extremados, além de outras, todas elas fruto dos deveres de informação, cuidado, cooperação e lealdade, oriundos da boa-fé objetiva, afinal de contas os contratos de consumo devem ser vistos como processos de cooperação e lealdade e não destruição do parceiro mais fraco.

A seguir serão apresentadas a tipologia, estrutura elementar, efeitos e propostas de enfrentamento.

⁵⁴⁰ Todos os contratos firmados sob essa ótica estão sob fiscalização do Estado Juiz, e essa intervenção estatal age como fonte de obrigações, mesmo que não estabelecida contratualmente, para conformar o conteúdo contratual ao conteúdo da Constituição Federal e do CDC.

⁵⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 540

⁵⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T.IV, Coimbra: Almedina, 1998, p. 214.

⁵⁴³ CASADO, Marcio Mello. *Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista Direito do Consumidor, n. 33. São Paulo: RT, p. 137, jan./mar, 2000.

⁵⁴⁴ *Ibid*, p. 131

5.2 TIPOLOGIA

O superendividamento pode ser classificado em duas espécies, a partir da contribuição ou não do devedor para a instauração da situação de insolvência.⁵⁴⁵

Fala-se em superendividamento ativo quando identifica-se uma acumulação inconsiderada de dívidas⁵⁴⁶. O consumidor contribuiu para se colocar em estado de insolvabilidade, contraindo dívidas de forma exagerada e sem planejamento pessoal, buscando manter um padrão de dignidade que ele mesmo se impõe, a partir dos usos e costumes da *open credit society*. Diz-se que o consumidor contribui para o estado de insolvência (e não causa) porquanto, ainda que se trate de uma má gestão orçamentária, sabe-se que em inúmeras hipóteses a contração da dívida se dá de forma impulsiva e na esteira de falsas promessas publicitárias.

O superendividamento ativo, entretanto, pode ser subdividido em duas espécies: consciente e inconsciente.

O consciente é aquele proveniente do comportamento econômico do consumidor no sentido de contrair dívidas, ciente da probabilidade de não honrá-las e de que o credor não encontrará meios para o recebimento do crédito. Trata-se do consumidor que leva às últimas consequências o velho jargão “dívida não se paga, se administra”. Nessas situações, aferida a ausência de boa-fé do consumidor, o devedor não receberá respaldo estatal para se recuperar, até porque o próprio conceito de superendividamento insere a boa-fé como pressuposto para sua caracterização.

O inconsciente é aquele em que o consumidor contrai dívidas além das suas forças, por impulso, ludibriado pela publicidade, de forma irrefletida, ou por transtornos psicológicos, mas crendo na sua capacidade para honrá-las, e desejando que ocorra o adimplemento.

Segundo André Périn Schimdt Neto⁵⁴⁷, os tribunais estrangeiros costumam ponderar o comportamento do superendividado ativo inconsciente quando da análise dos pedidos de auxílio, sobretudo em situações que caracterizam a oneomania⁵⁴⁸, o analfabetismo

⁵⁴⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo, RT, 2002, p. 119

⁵⁴⁶ *Ibid*, p. 119

⁵⁴⁷ SCHMIDT NETO, André Perin. *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 71, jul.-set. 2009, p. 22-23

⁵⁴⁸ A oneomania refere-se ao ato de comprar indiscriminadamente. Trata-se de uma doença, que atinge as

funcional⁵⁴⁹, e nas contratações que envolvem idosos.

Com efeito, qualquer indivíduo está sujeito a ceder aos impulsos consumistas diariamente alimentados pela publicidade voraz, havendo casos em que esse consumo torna-se uma patologia (oneomania), apta a ceifar o consumidor do controle da ação de comprar.

Os consumidores considerados "analfabetos funcionais", em regra, devido a complexidade das relações contratuais massificadas e ao seu baixo nível cultural, são facilmente ludibriados pela publicidade e abordagem dos fornecedores, sem lograr avaliar os reais efeitos de um superendividamento.

Quanto aos idosos, em virtude da sua idade, saúde, estado de necessidade, e também ignorância funcional, são muitas vezes induzidos, ou mesmo pressionados, a contrair crédito desproporcional aos seus rendimentos, mediante juros extorsivos, e de forma consignada, vendo-se mergulhados num mar de dívidas impagáveis.

Registre-se que a proteção do superendividado ativo inconsciente também se justifica para incentivar o cumprimento dos deveres de informação e conselho pelas instituições financeiras quando da concessão do crédito. Esses fornecedores do crédito alimentam conscientemente nos consumidores um otimismo e confiança na suscetibilidade ao risco, que já são intrínsecas à natureza humana.⁵⁵⁰

O superendividamento passivo é aquele provocado por fatores externos, por uma força maior social⁵⁵¹, por áleas da vida contemporânea, que desestabilizam a situação financeira do agregado familiar, inviabilizando o cumprimento dos compromissos firmados em momento de

peças caracterizadas como compradoras compulsivas, e atinge principalmente as mulheres. Segundo o neuropsicólogo Daniel Fuentes, coordenador de Ensino e Pesquisa do Ambulatório do Jogo Patológico e Outros Transtornos do Impulso (AMJO), do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas, a proporção é de quatro mulheres para cada homem com a doença. Os especialistas ainda não sabem precisar a razão da oneomania ser mais comum em mulheres, mas acreditam que o motivo está diretamente relacionado às condições culturais. Conforme afirmam os sociólogos, os oneomaníacos têm o consumo como vício, de modo que, enquanto está comprando, a pessoa sente alívio e prazer dos sintomas, que passado um tempo volta rapidamente, tal como ocorre com a droga (Disponível em: <<http://www.sociologia.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?> > [significado da oneomania] Consulta em: 12 mar. 2014).

⁵⁴⁹ A condição de analfabeto funcional aplica-se a indivíduos que, mesmo capazes de identificar letras e números, não conseguem interpretar textos e realizar operações matemáticas mais elaboradas. Tal condição limita severamente o desenvolvimento pessoal e profissional. (Thomaz Wood Junior. Analfabetismo funcional. Carta Capital. 24 jul. 2013. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/758/analfabetismo-funcional-6202.html> > Consulta em: 15mar 2014.)

⁵⁵⁰ Conforme aborda Kilborn, as pessoas tem uma tendência a subestimarem os riscos que envolvem os eventos negativos, dentre eles o próprio excesso nos empréstimos. (Cf. KILBORN, Jason Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento, estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p.73)

⁵⁵¹ Expressão utilizada por José Reinaldo de Lima Lopes. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidor e Sistema financeiro*. Revista de Direito do Consumidor, n22, abril-jun, 1997, p. 96.)

segurança financeira.

Os fatores referidos podem estar atrelados a alguma modificação grave e imprevisível de situação laboral (a exemplo do desemprego), doença, alteração do núcleo familiar ou das condições de existência que seja capaz de afetar o orçamento doméstico (falecimento de familiar, separação ou divórcio), exploração pelo credor da situação de necessidade, inexperiência, dependência, estado mental, fraqueza ou ignorância do consumidor tendo em vista a sua idade, saúde, condição social, alteração na conjuntura econômica nacional por fato do príncipe, dentre outros.

Nesse sentido, a lição de Maria Manuel Leitão Marques:

o sobreendividamento pode ser *activo*, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planeando os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de créditos em relação aos rendimentos efectivos e esperados; ou *passivo*, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento⁵⁵²

Segundo levantamento de dados do observatório do crédito e superendividamento do consumidor, pouco mais de 26% dos superendividados foram à bancarrota porque gastavam mais do que recebiam. A maioria chegou à insolvência porque sofreu com desemprego (quase 23%). Em seguida, aparecem doenças pessoais ou na família (19%), separação ou divórcio (4,7%) e morte (2,5%). Se juntar a redução da renda familiar (24,3%), mais de 70% do total se endividou excessivamente não por gastos desenfreados, mas sim por insuficiência de renda diante dos percalços da vida.⁵⁵³

Seguindo uma tendência de tratamento diferenciado ao superendividado passivo, por reconhecer que, atualmente, o maior número de casos de superendividamento decorre da necessidade de subsistência, na França, em que os sentimentos de solidariedade e justiça social são imperativos na luta contra as exclusões sociais, a lei de 29.07.1998 instituiu algumas medidas específicas para estes casos de superendividamento passivo, e a reintegração dos excluídos, já prevendo em seu art. 1º, que "a luta contra as exclusões é um imperativo nacional fundado sobre o respeito da igual dignidade de todos os seres humanos e uma prioridade do conjunto de políticas públicas da nação."⁵⁵⁴

⁵⁵² MARQUES, Maria Manuel Leitão O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000, p.2

⁵⁵³ SASSE, Cintia. Inesperados, "acidentes da vida" levam à insolvência. *Jornal do Senado*. 20 agosto 2013. Disponível em: < www.senadofederal.gov.br/jornal/edicoes/2013/08/20>. Acesso em: 17 maio 2014.

⁵⁵⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia

Por isso, algumas das medidas instituídas foram a suspensão da exigibilidade de dívidas por um período de até três anos, quando não for possível realizar um plano de renegociação que envolva todo o complexo de dívidas do consumidor, e a liquidação total ou parcial da dívida de um devedor superendividado que permanece insolvente mesmo após este período de suspensão.⁵⁵⁵

Enfim, em ambas as situações de superendividamento passivo ou ativo, assim como de superendividamento inconsciente, merece o consumidor de boa-fé tutela e proteção jurídicas, sobretudo diante dos potenciais prejuízos à dignidade do consumidor como pessoa humana.

5.3 ARQUITETURA ELEMENTAR

Partindo da conceituação construída, pode-se identificar duas espécies de elementos à compor a arquitetura do superendividamento: a) pessoal, afeito às características do flagelado pelo fenômeno; b) material, relacionado à qualidade da dívida e estado de insolvência.

No que tange ao elemento pessoal, insta firmar, de plano, que somente as pessoas físicas (não profissionais), vulneráveis tecnicamente, que encampam comportamento condizente com a boa-fé contratual, desde o seu nascedouro, poderão receber a tutela jurídica, sobretudo em razão da íntima correlação entre o fenômeno e o princípio da dignidade da pessoa humana, e seus desdobramentos, como é o caso da proteção ao patrimônio mínimo.

A boa-fé é um requisito quase universal e tem por objetivo evitar o uso abusivo da falência, a fraude, levando ao acolhimento somente os devedores honestos, que desejam pagar suas dívidas, mas encontram-se impossibilitados, por fatos que alteraram a base objetiva ou subjetiva contratual.

Assim, estariam inclusos nesse rol tanto o superendividado passivo, como o ativo inconsciente. Quanto a este, não se pode ignorar que muitos consumidores, sobretudo os idosos e analfabetos, pressionados pela necessidade de complementar o baixo salário e incentivados pela publicidade agressiva, acabam fazendo empréstimos pessoais, sem condições de avaliar o impacto das dívidas na renda, muitas das vezes por sequer entender as

Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 236

⁵⁵⁵ PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela lei de 29.07.1998 relativa à luta contra as exclusões sociais. Traduzido por Karen Rick Danilevicz Bertocello. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 114.

obrigações complexas inseridas no contrato de crédito.

Registre-se, outrossim, que a acumulação de dívidas acima da capacidade de reembolso (“espiral de endividamento”), per si, não é suficiente para infirmar a boa-fé do consumidor, sendo necessário que se comprovem outros elementos correlacionados à intenção de tornar-se insolvente, como ocorre em sucessivos empréstimos nos quais o consumidor informa intencionalmente recursos de que não dispõe, ou que destinam-se a despesas supérfluas(não essenciais).

Embora o entendimento jurisprudencial dominante albergado pela jurisprudência seja no sentido da proteção dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, a partir da conjugação dos arts.5º, V e X, art.52, do CC e da súmula 227, do STJ, essas fontes não permitem a ampliação do conceito. Ademais, para as pessoas jurídicas, a lei 11.101/2005⁵⁵⁶ prevê expressamente o processo de recuperação judicial.

Quanto ao elemento material, importa reconhecer que as dívidas sujeitas à tutela do

⁵⁵⁶ A Lei nº 11.101/05 estabelece que as suas disposições sejam aplicáveis aos empresários e às sociedades empresárias, doravante referidos simplesmente devedor. Na conformidade do seu art. 198, ficam vedados de requerer recuperação judicial ou extrajudicial os devedores proibidos de requerer concordata, nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação da Lei. Logo, a legitimidade passiva é dos sujeitos que se enquadrem no exercício da atividade empresarial, ressalvadas as proibições legais. A propósito, na acepção de Fábio Ulhoa Coelho, o empresário “é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1º. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61). Desta forma, são duas as espécies de empresário: o individual, aquele que exercita a atividade econômica em nome, em conta e risco próprios, e o coletivo, que é blindado pela figura da sociedade empresária. Portanto, a pessoa física ou natural, que exerça a empresa, estará atuando como empresário, pois ser empresário é uma profissão. Da mesma forma, a sociedade empresária, pois esta nomenclatura informa a atividade desenvolvida pela sociedade e não pode corresponder a um tipo societário. Perceba-se que o art. 2º, da Lei 11.101/2005, exclui da sua aplicação a sociedade de economia mista, a empresa pública, a instituição financeira pública ou privada, a cooperativa de crédito, o consórcio, a entidade de previdência complementar, a sociedade operadora de plano de assistência à saúde, a sociedade seguradora, a sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Assim, cotejando-se os artigos. 1º e 2º, da lei 11.101/05, conclui-se pela exclusão da sua aplicação às seguintes pessoas: as sociedades simples, que desenvolvem atividade não empresarial (As sociedades simples foram introduzidas pelo Código Civil de 2002, em substituição às sociedades civis, abrangendo aquelas sociedades que não exercem atividade própria de empresário sujeito ao registro (art. 982, CC), isto é atividades não empresariais ou atividade de empresário rural (não registrada) e as atividades intelectuais, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa, na esteira do art. 966, § único, do Código Civil), profissionais intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as entidades de previdência complementar, à instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Vale registrar que, na esteira do escólio de Fábio Ulhoa Coelho, há dois grupos de exclusão: um total e outro parcial. Isto é, pode uma sociedade empresária submeter-se a um regime de execução concursal completamente diverso do falimentar (exclusão total) ou a um procedimento extrajudicial de liquidação concursal alternativo ao comum (exclusão parcial). Estariam enquadradas na exclusão total as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as câmaras ou prestadoras de serviço e de liquidação financeira. Já na exclusão parcial, estariam as companhias de seguro, as operadoras de planos de previdência à saúde e as instituições financeiras. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196)

superendividamento alcançam tanto as relações jurídicas cíveis⁵⁵⁷ como as de consumo, desde que violado o equilíbrio contratual, ficando excluídas as dívidas fiscais, trabalhistas, alimentares ou oriundas de atos ilícitos.

Essas relações jurídicas devem ser próprias de negócios jurídicos onerosos, entendidos estes como os que origem vantagens para ambas as partes, e que, por isso mesmo, demandam equilíbrio entre as mesmas.

Além da dívida propriamente considerada, podem ser arrolados como elementos materiais do superendividamento a impossibilidade global do endividado de quitar as dívidas presentes e futuras ou seja, o estado de insolvência do sujeito, que não dispõe de condições financeiras e econômicas para fazer frente as suas dívidas, sem prejuízo da sua própria sobrevivência.

5.4 EFEITOS SOCIOECONÔMICOS

O crédito possui um efeito hedonista e permite "ascender a um nível de vida superior". No entanto, o acesso ao crédito também apresenta a sua faceta negativa, pois, da mesma forma que proporciona a inclusão social das famílias, pode se transformar em um mecanismo de exclusão social, quando adquirido de forma excessiva e irrefletida. Parafraseando Geraldo de Faria Martins da Costa, o crédito torna-se "um flagelo que provoca a pobreza e a miséria."⁵⁵⁸

Traduzindo estudo feito pelo observatório do endividamento dos consumidores, acerca da interdependência entre desemprego e insolvência de famílias, as articulistas Catarina Frade e Sara Magalhães analisam a noção de valores, atitudes e comportamentos dominantes dos endividados, para concluir que a crise financeira implica real restrição de práticas sociais, contribuindo para o isolamento social dos indivíduos e, no limite, para a exclusão social.⁵⁵⁹

Segundo seu excerto, ao consumo intenso correspondem múltiplas formas de financiamento, a que aderem facilmente os consumidores de boa-fé, que pretendem realmente

⁵⁵⁷ Alinhando-se a fragmento minoritário da doutrina, Brunno Pandori restringe a aplicação do superendividamento aos contratos de consumo. (GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de créditos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p.124)

⁵⁵⁸ Cf. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: A proteção do consumidor em direito comparado brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002

⁵⁵⁹ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*, São Paulo: RT, p.23-43

quitar suas dívidas, mas acabam envolvidos em diversas situações fáticas que os impossibilitam, levando a um doloroso rolamento da dívida.

O endividamento, segundo o extrato analítico, causa culpa e vergonha ao superendividado, que, colimando preservar sua família, e, principalmente, seus filhos vive uma falsa normalidade, ao invés de inserir esses no processo de aprendizagem financeira.

Ademais, o superendividado perde o incentivo de agir de modo empreendedor e aumentar a sua renda, levando-o, muitas vezes, a abrigar-se na economia informal para evitar seus credores, ou a depender de benefícios sociais custeados pelo Estado.⁵⁶⁰

O superendividamento leva ao empobrecimento patrimonial do credor em razão de penhoras, bloqueios de contas bancárias, assim como à insegurança econômica das pessoas de baixa renda, que precisam do crédito para as despesas de subsistência da família.

Outrossim, a situação do sobreendividamento gera insegurança econômica para os consumidores, sobretudo os de baixa renda, assim como exclusão ou marginalização social, rupturas das redes de solidariedade, muitas vezes por iniciativa dos próprios sobreendividados, que passam a sofrer de baixa autoestima e degradação da sua afetividade, ainda mais em hipóteses de perdas laborais.

Ainda na esteira do estudo, é frequente um discurso de auto despromoção emocional, das capacidades de relacionamento interpessoal e das expectativas profissionais, estados depressivos e desentendimentos familiares, gerando afastamento social passivo e ativo⁵⁶¹, de modo a desestruturar a vida desses sujeitos.⁵⁶²

Na sociedade pós-moderna consumista, a satisfação encontra-se na aquisição de novos bens, na necessidade de constante reinvenção, ou seja, o prazer está tanto na esfera do "adquirir" como na esfera do rompimento com o que é considerado ultrapassado. O prazer da

⁵⁶⁰ LIMA, Clarissa Costa de. . *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014

⁵⁶¹ Segundo Catarina Frade e Sara Magalhães, o afastamento ativo se dá na medida em que os indivíduos consideram que a sua capacidade financeira não se ajusta aos padrões de consumo esperados ou que eles julgam esperados e, como tal, evitam a exposição social da sua situação. (FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do *crédito*. In: *Direitos do consumidor endividado*, São Paulo: RT, p.42)

⁵⁶² Confira-se importante trecho do estudo: “Quando se assiste a uma combinação de perdas laborais com dificuldades financeiras facilmente se percebe uma degradação da autoestima e da afetividade, como se pôde comprovar em diversas entrevistas. A incapacidade de continuar a controlar a ordem do rendimento e a progressão da despesa não se esgota numa pura questão financeira. Já se sublinhou existir, em muitos casos, uma espécie de exílio social no que diz respeito às relações de amizade. As consequências do sobreendividamento para os agregados familiares, sobretudo quando associado ao desemprego, requalificam não só as relações sociais e as relações com os filhos, mas também, as relações sociais e a relação dos indivíduos consigo mesmos.” (Ibid,p.31-32).

aquisição do objeto é por si efêmero, e, por tal, faz surgir logo a necessidade de substituí-lo por outro, para satisfazer o próximo desejo e preencher o vazio gerado pelo fenecimento do prazer que o objeto obsoleto não é mais apto a proporcionar.⁵⁶³

A tormentosa necessidade do consumo, a alcançar inclusive as populações marginalizadas, representa a exigência ampliada de consideração e respeito. Ou seja, os menos favorecidos desejam imitar os mais abastados, que representam a moda, numa fuga contra a marginalização, a inferiorização, pois só assim entende sua dignidade preservada. Dai dizer-se que a sociedade de hiperconsumo é marcada pela progressão dos sentimentos de exclusão social e acentuação dos desejos de identidade, de dignidade e de reconhecimento individual.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Conforme informa o Ministério do Meio Ambiente “Nossa população cresceu – somos 192 milhões em 2011 – e nosso poder aquisitivo aumenta gradativamente – em 2020, 117 milhões de brasileiros farão parte da nova classe média. Este momento singular na História do Brasil tem reflexo no aumento do consumo: carros, imóveis, celulares, tvs, etc. Não há razão para impedir que esta demanda reprimida de consumo seja refreada, pois o consumo fortalece nossa economia. No entanto, é a oportunidade histórica de abandonar os padrões de consumo exagerado copiados de países de primeira industrialização e estabelecer padrões brasileiros de consumo em harmonia com o meio ambiente, a saúde humana e com a sociedade” (Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumosustentavel/conceitos/consumosustentavel>>. [crescimento da população] Consulta: 5 jun. 2014). É oportuno, portanto, observar as consequências ambientais atreladas ao comportamento consumista. Perceba-se que, para garantir a produção de bens em grande escala, a fim de atender à demanda consumista, faz-se necessária a retirada de matérias primas da natureza. Ocorre que, em nome do progresso e da economia, os homens acabam interferindo no ecossistema, destruindo parte da fauna e da flora, causando, ainda, poluição do ar, das águas, do mar, do solo, através de produtos tóxicos, resíduos sólidos, etc. Essa é uma dura realidade que deve ser alvo de preocupação e ações efetivas por parte dos poderes públicos e da sociedade civil como um todo, pois, em essência, se está falando da própria vida no planeta terra. O desenvolvimento econômico, portanto, deve se dar de forma equilibrada e sustentável, sem prejuízo ao ecossistema, aos recursos naturais, e ao futuro das vindouras gerações, o que, necessariamente, implica num consumo consciente e sustentável, que envolva a escolha de produtos realmente necessários, que utilizem menos recursos naturais em sua produção, garantam o emprego aos que os produzam, e, na medida do possível, sejam reaproveitados ou reciclados, estendendo-se a sua vida útil. A propósito, a Agenda 21 Global, assinada na Rio 92, traz em seu capítulo 4 a relevância em se atentar para o consumo como causador de diferentes impactos ambientais e sociais, alertando quanto às escolhas de compra de modo responsável, com a compreensão de suas possíveis consequências ambientais e sociais. Enfim, os valores de sustentabilidade e justiça social devem fazer parte da consciência coletiva, de modo a se buscar e promover a mudança de comportamento dos consumidores, no sentido do abandono de práticas nocivas de alto consumo e desperdício. Aliás, não se deve olvidar de registrar que esse consumo consciente conduz à inúmeras implicações no âmbito das empresas, que, na condição de fornecedoras de produtos e serviços, para se manter no mercado, devem adotar uma nova empresarialidade harmonizada com a responsabilidade social. Dai falar-se em “meio ambiente de consumo”, como alicerce jurídico para a utilização otimizada das garantias instrumentais que o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental disponibilizam ao exercício da cidadania, e que podem ser traduzidas na disposição de produtos e serviços seguros, que não exponham à risco ou perigo a vida, a saúde, o meio ambiente, assim como na exigência de transparência, de acesso pleno às informações, e na responsabilização de todos aqueles que eventualmente causarem dano a estes direitos.

⁵⁶⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo* Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 192. Como observa o autor: “[...] mesmo excluída do universo do trabalho, a população dos centros de cidade e dos subúrbios desqualificados partilha os valores individualistas e consumistas das classes médias, a preocupação com personalidade individual e auto realização [...] o consumo é, nas condições presentes, o que constrói uma grande parte de sua identidade: quando faltam

Tomando a inspiração de Hannah Arent⁵⁶⁵, pode-se afirmar, outrossim, que, numa sociedade dominada por essa concepção, ou seja, uma sociedade de operários ou sociedade de consumo, tem-se imposta uma mentalidade massificada como condição a que o consumidor se submete para viver em coletividade - que uniformiza coisas e seres humanos - para depois desvalorizar tudo, transformando coisas e homens em bens de consumo, ante a efemeridade destes.⁵⁶⁶

Assim, como registra Bauman, ao se referir ao superendividado como consumidor falho ou insatisfatório, no jogo do consumo, os jogadores incapazes e indolentes são mantidos fora do jogo, até porque seria necessário mostrar aos que nele permanecem as “horripilantes cenas” da exclusão para que “estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões pela vida vivida como jogo”.⁵⁶⁷

Por todos os efeitos de ordem social e econômica delineados, resulta indelével a necessidade de tutela do superendividamento, a fim de manter o consumidor incluso no mercado e na sociedade de forma digna, garantindo-se, conseqüente e igualmente, uma existência digna.

A seguir, serão tecidas algumas considerações sobre os modelos de enfrentamento americano e francês, fonte de inspiração para as propostas de enfrentamento do fenômeno no Brasil.

5.5 EXPERIÊNCIAS DO DIREITO ESTRANGEIRO

Embora as realidades sociopolíticas de cada país sejam distintas, uma visão geral das legislações de alguns países abre horizontes para abordagem do superendividamento no Brasil, que, assim, acaba por abeberar-se nelas.

Escolhem-se, para o propósito da presente pesquisa, as legislações da França e a dos Estados Unidos da América, por sintetizarem os distintos paradigmas, que refletem, respectivamente, uma compreensão do fenômeno como um problema social (a falência do consumidor como instrumento de luta contra a pobreza, e a favor da inclusão social) e como uma falha de mercados (a falência do consumidor tem uma justificativa econômica, servindo

outras vias de reconhecimento, 'torrar a grana' e consumir impõem-se com finalidades preeminentes.[...]o consumo é igualmente revestido do que permite escapar ao desprezo social e à imagem negativa de si.”

⁵⁶⁵ Cf. ARENT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 155 – 157.

⁵⁶⁶ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, p. 27

⁵⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 56-57.

como instrumento de regulação de mercado)

Sabe-se que cada modelo é influenciado pelos conceitos em relação aos direitos e as responsabilidades dos devedores e credores em cada sociedade, assim como pela política dos profissionais que atuam no mercado.

Os diversos modelos de falência, cada qual com suas matizes, competem para dar uma adequada resposta ao problema do superendividamento, sem que haja exatamente um consenso sobre o melhor caminho para a reabilitação do consumidor.

O único consenso de que não se pode abrir mão é ser o superendividamento um fato grave e atual em diversas partes do mundo, assim como no Brasil, merecendo atenção especial dos poderes públicos, mediante a elaboração de regras específicas e intervenção no contrato.

5.5.1 O modelo francês

Na França, a estabilização da taxa de inflação a partir de 1970 favoreceu a subscrição de créditos a médio e longo prazo, destinados principalmente à aquisição da casa própria. Outrossim, difundiram-se novos produtos bancários, dentre os quais os cartões de crédito e as linhas de crédito permanente, o que ensejou um aumento da taxa de endividamento das famílias francesas.⁵⁶⁸

No final da primeira década de setenta consagraram-se regras sobre a informação e proteção dos consumidores no quadro de certas operações de crédito, ensaiando-se uma primeira tentativa de prevenção dos riscos do superendividamento.

Somente em 1989 foi apresentado um Projeto de Lei ao parlamento destinado ao tratamento das situações de sobreendividamento dos particulares, que transformou-se na Lei 89-1010, mais conhecida por Lei Neiertz, em homenagem à sua autora, a então Ministra responsável pelas questões de consumo Véronique Neiertz.

Em 1993, o procedimento de tratamento das dívidas não profissionais de particulares sobreendividados passou a integrar o Código de Consumo, nos arts.L.331-1 a L.333-8. Em 1995⁵⁶⁹ sofreu uma primeira reforma, através da Lei 95-125, de 8 de fevereiro, e, em 1998 uma segunda através da Lei 98-657, de 29 de julho. Em 2003, nova lei oriunda do Ministério da Cidade e Renovação Urbana, inaugura o procedimento de “reestabelecimento pessoal”

⁵⁶⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. *O endividamento dos Consumidores*. Coimbra : Almedina, 2000, p. 230.

⁵⁶⁹ A Lei 95-125 suprimiu a justaposição das fases, fusionando-as num procedimento único.

para os casos de superendividamento mais grave, com possibilidade de perdão total.⁵⁷⁰

A Lei *Neiertz*, e suas modificações, numa orientação social, previu um processo de reestruturação global das dívidas, de caráter misto, repartido, estrutural e funcionalmente, em dois momentos sucessivos, distintos, portanto, mas complementares: uma fase administrativa conciliatória, e uma fase judicial (*redressement judiciaire civil*), desencadeada apenas no caso do insucesso da primeira fase. Ao lado dessas possibilidades, há a possibilidade da utilização do prazo de reflexão (*délai de réflexion*) como instrumento de prevenção do superendividamento, previsto somente em casos particulares como os de crédito ao consumo.(art.311-15, do *Code de la consommation*).

Na esteira da Lei *Neiertz*, o procedimento administrativo se abre obrigatoriamente pela própria iniciativa do consumidor perante as comissões de superendividamento⁵⁷¹ dos particulares, instituídas em todos os departamentos da França. O primeiro passo consiste na análise do requerimento do devedor pela comissão de superendividamento, que deve preencher os critérios estabelecidos legalmente, quais sejam: ser pessoa física⁵⁷², cidadão francês domiciliado em França ou país estrangeiro e cidadão estrangeiro residente na França, de boa-fé⁵⁷³, passivo ou ativo inconsciente, se encontrar em situação de impossibilidade manifesta de fazer frente ao conjunto de suas dívidas contraídas em território francês, exigíveis e a vencer (art. 331-2, do *Code de la consommation*).

As condições de abertura do procedimento são as mesmas para todas as espécies de superendividamento, independente das causas e do nível de endividamento, e resultam da definição inserta no art. L330-1, do Código do Consumo, segundo o qual “a situação de superendividamento das pessoas físicas é caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de pagar o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer”.

⁵⁷⁰ LIMA, Clarissa Costa de Lima. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 88.

⁵⁷¹ Compostas por 5 elementos: representante do Estado no departamento, o tesoureiro geral, representante local do Banco da França, diretor dos serviços fiscais, representante da associação francesa de instituições de crédito e um representante das associações de famílias ou de consumidores. (Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 238)

⁵⁷² Pessoa física que adquiriu bens ou serviços a crédito destinados ao seu uso pessoal.

⁵⁷³ Frise-se, por oportuno, que a boa-fé contratual se presume em relação aos superendividados passivos que sofreram acidentes na vida, como divórcio, separação, desemprego, etc. Em relação ao superendividado ativo inconsciente, considerando-se o contexto de consumo generalizado, e ser esse devedor uma vítima de uma “espiral de endividamento infernal”, também presume-se a sua boa-fé contratual. Somente na hipótese de prestar o devedor informação falsa ao credor ou sonegar informação relevante e decisiva para obter o crédito serão reputados de má fé no momento da contratação, não merecendo participar do procedimento. A propósito, vale destacar que, em nosso entendimento, a imprevidência ou negligência do devedor não é comportamento suficiente para caracterizar a má fé, que só resta caracterizada quando o devedor tiver consciência de criar ou agravar o seu endividamento para fraudar os credores.

Aceito o pedido (os credores podem recorrer judicialmente para contestar a falta de preenchimento dos requisitos) cabe à comissão promover a conciliação⁵⁷⁴ entre o devedor e seus credores, a fim de elaborar um plano convencional de relacionamento das dívidas e medidas (reescalonamento das dívidas, perdão das dívidas, redução ou supressão dos juros, criação, reforço ou substituição das garantias, abstenção de atos que agravem o estado de insolvência, etc), com prazo máximo de 10 anos, que seja acolhido pelo devedor e seus principais credores (art. L. 331-6), e que reserve um “*reste à vivre*”⁵⁷⁵ a favor do devedor, fixado com base na fração impenhorável da retribuição e tendo como limite o rendimento mínimo de inserção (art. L. 331-2). Até a aprovação do plano de pagamento ou homologação das medidas recomendadas pela Comissão ou até a abertura do procedimento de restabelecimento pessoal, as execuções em curso contra o devedor ficam suspensas, não podendo essa suspensão exceder a um ano (art. L331-5).

Depois de aprovado e assinado pelo devedor e principais credores o plano passa a constituir um contrato vinculativo. Em execução, o plano deve ser cumprido, de modo que o seu inadimplemento imputável ao devedor gera caducidade do plano de reestruturação dando aos credores o direito de reclamar individualmente seus créditos.

Quando o sobreendividado e seus credores não logram chegar a um acordo sobre o reescalonamento das dívidas, limita-se a comissão de sobreendividamento a atestar a ausência de conciliação. Doravante, avança-se à fase judicial, a partir de novo impulso da parte insolvente, a quem cabe, no prazo de 15 dias, requerer à comissão administrativa de sobreendividamento que proponha ao Juiz de execução competente, no prazo máximo de dois meses, um conjunto de medidas de recomendações⁵⁷⁶ sobre a reestruturação do seu passivo, a

⁵⁷⁴ Essa fase de conciliação não faz parte do processo de falência americano, onde a tentativa de conciliação ocorre antes do processo, ou seja, extrajudicialmente, na prática conhecida como *Credit Counseling*.

⁵⁷⁵ Na primeira década de aplicação da lei, a Comissão tinha a liberdade de decidir qual o valor reservado ao sustento, mas costumava deixar margem pequena (variava entre 180 a 800 dólares, conforme perfil do endividado), o que prejudicava o reembolso das dívidas conforme o previsto no acordo. Para remediar essa situação a lei sobre exclusão social, de 29.07.1998, introduziu o conceito de *reste a vivre*, definindo-o como “uma parte dos recursos necessários para as despesas correntes do lar” (art.L.331-2, do Código de Consumo.), o que alcança despesas com eletricidade, gás, água, alimentação e escolaridade. O valor correspondente não pode ser inferior ao *revenu minimum d’insertion* (RMI) e o valor dos reembolsos impostos ao devedor não pode ultrapassar a parte impenhorável de seu salário., de modo que o valor fixado para o *reste a vivre* ficará compreendido entre o RMI e a parte impenhorável do salário.(Cf. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 94-95)

⁵⁷⁶ Na consonância do art. L.331-7, da Lei Neiertz, as medidas que a Comissão de Superendividamento pode adotar são : reescalonamento do pagamento das dívidas ou mesmo o deferimento do pagamento de algumas delas durante o prazo máximo de oito anos; afetação dos pagamentos prioritariamente ao capital; fixação de taxas de juros mais reduzidas para os débitos já reestruturados, conforme a situação do devedor assim o exija; redução do remanescente da dívida; sujeição do devedor a um conjunto de comportamentos destinados a garantir

fim de serem submetidas aos credores, e, uma vez aceitas por estes, e homologadas pelo Tribunal, serem aplicadas por um período de 8 anos.

A partir da apresentação das propostas, independente de contestação às mesmas, passa a ser obrigatória a intervenção do Juiz, a quem caberá a verificação dos créditos, se solicitado pela comissão ou devedor; suspender os processos executivos pelo prazo máximo de um ano; conferir força executória às recomendações ou à moratória proposta pela Comissão; analisar as contestações das recomendações da Comissão de Superendividamento.

O sistema francês de falência se caracteriza pela filosofia da reeducação, ou seja, os devedores devem ser responsabilizados pelo pagamento dos credores ainda que isso implique o comprometimento do seu rendimento futuro. Assim, uma vez submetido o pedido ao magistrado, este, embora desempenhe um papel consideravelmente reduzido em todo o processo, quando comparado com a Comissão de Sobreendividamento, pode requerer informações a qualquer entidade para melhor apreciar a situação do endividado, ordenar medidas de reescalonamento, solicitar nova tentativa de conciliação das partes; ordenar a pedido a execução provisória de algumas medidas recomendadas pela Comissão; perdoar a totalidade ou parte das dívidas não fiscais ou de alimentos; substituir o plano da comissão pelo seu de reestruturação do passivo; conferir exequibilidade ao pedido de moratória proposto pela Comissão, por dois anos, durante a qual poderá reduzir as taxas de juros.

Percebe-se que, para remediar as situações agravadas de “superendividamento-insolvabilidade”, na qual o devedor não dispõe de bens e nem de recursos para o pagamento de suas dívidas, o legislador francês previu o perdão das dívidas, parcial ou total, e a moratória, cabendo ao Juiz conferir exequibilidade ao pedido dessa moratória, proposto pela Comissão, por dois anos, durante a qual poderá reduzir as taxas de juros. A corte de cassação recomenda a aplicação conjunta da medida extraordinária do perdão parcial das dívidas do art. 331-7-1 com as medidas ordinárias do art.L331-7 (reescalonamento, prorrogação dos pagamentos, redução das taxas de juros).

Interessante fixar que, se após a moratória, o devedor permanecer insolvente, poderá a Comissão recomendar excepcionalmente o perdão total das dívidas, não alimentares ou fiscais, ficando proibido por 8 anos outro perdão a dívidas semelhantes às que foram perdoadas ao abrigo da moratória.

Se, ao contrário, registrar melhora na condição do devedor, a comissão recomendará

quaisquer das medidas previstas no art. L. 331-7, do *Code de la consommation*: reescalonamento do pagamento das dívidas, ou mesmo o deferimento do pagamento de algumas delas durante o prazo máximo de oito anos; afetação dos pagamentos prioritariamente ao capital; fixação de taxas de juros mais reduzidas para os débitos já reestruturados, conforme a situação do devedor assim o exija; redução do remanescente da dívida; sujeição do devedor a um conjunto de comportamentos destinados a garantir o pagamento das dívidas e a evitar o agravamento da sua situação do extremo endividamento.

Se após a moratória, a situação do devedor piorar, não sendo possível apurar o passivo mediante a conjugação do perdão parcial com outras medidas ordinárias, estará caracterizada situação irremediável, que autoriza a abertura do procedimento de restabelecimento pessoal (art. L.331-7-2, do Código do Consumo).

O sistema adotado pela França, portanto, encara o superendividado como ser responsável e decente, que, numa visão humanizada, precisa ser reeducado, como fator de desenvolvimento da economia e social, estimulando os credores na composição amigável e valorizando o esforço no cumprimento das obrigações.

5.5.2 O modelo americano

Foi nos EUA que, no início do século XX, nasceu o crédito ao consumo, onde primeiro perdeu a sua conotação moralmente negativa e se vulgarizou.⁵⁷⁷

O modelo neoliberal americano encara o superendividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro, e, em razão disso, investe na socialização do risco de desenvolvimento do crédito, concebendo uma responsabilidade limitada para o consumidor. Outrossim, encara a proteção desse mesmo consumidor como uma forma de aumentar sua confiança no mercado, a aquisição de produtos financeiros, gerando crescimento econômico, enfatizando as técnicas de transparência e controle das abusividades.

Como observa Clarissa Costa Lima, o sistema americano sempre incentivou o empreendedorismo e os gastos de consumo por meio do crédito, como forma de criar uma economia vibrante, Portanto, nada mais natural, que a lei de falência objetive incluir o devedor como um agente produtivo, para que permaneçam altos os gastos de consumo, e, conseqüentemente, a economia se desenvolva.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 273.

⁵⁷⁸ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*.

A propósito, observa Marques Leitão que o regime jurídico norte-americano direcionado ao tratamento do sobreendividamento é complexo na prevenção e no tratamento, na medida em que combina direito federal com direito estadual.⁵⁷⁹ Entretanto, o que importa analisar é o regime de falências propriamente dito, que oferece proteção aos sobreendividados, oportunizando o escalonamento das suas dívidas, sem terem de recorrer à imediata liquidação dos bens.

Os EUA permitem a falência dos devedores, pessoas físicas, desde 1898 e o perdão das dívidas é a principal medida concretizadora do *fresh start* concedida ao consumidor.

Atualmente, o regime americano sobre falência encontra-se no *Bankruptcy Code*, de 1978, podendo as pessoas físicas recorrer aos arts 7, correspondente a filosofia do “*fresh start policy*”, ou 13, baseado na filosofia da “reeducação”, ou, marginalmente, ao 11, baseado na “reorganização”, concebido preferencialmente para as empresas.⁵⁸⁰

Certa investigação ocorrida em 1991 revelou que os consumidores que efetivamente recorriam ao processo de falência encontravam-se em condições financeiras difíceis, com baixa do poder econômico, e que a instabilidade no emprego era um importante indutor dos processos de falência, assim como o acesso ao crédito pelas classes menos favorecidas, nomeadamente através do cartão de crédito, o aumento de despesas de saúde, dentre outros fatores.⁵⁸¹

O consumidor tem que proceder a escolhas, ao recorrer ao regime de falências. Primeiramente, deve escolher entre o recurso ao capítulo 7 e o recurso ao capítulo 13. Ao abrigo do capítulo 7 está a obrigação do consumidor de abrir mão de todos os seus bens não-isenos de modo a que de sua venda resulte o valor necessário para pagar a dívida. Ao abrigo do capítulo 13 esta a permissão da manutenção dos bens, desde que o plano proposto pelo devedor preveja o pagamento das dívidas ao longo de certo período, jamais superior a 5 anos, devendo o devedor reservar o “rendimento excedentário” (que excede o mínimo necessário à sobrevivência) .⁵⁸²

A opção pelo capítulo 7 representa a liquidação dos bens penhoráveis do devedor para a quitação das dívidas. As dívidas que remanescem são perdoadas, à exceção das fiscais e

São Paulo: RT, 2014, p. 125.

⁵⁷⁹ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*.

São Paulo: RT, 2014, p.272

⁵⁸⁰ Ibid, p. 272

⁵⁸¹ Ibid, p. 277

⁵⁸² Ibid, p. 279

alimentares. Essa opção, outrossim, representa a manutenção de todos os rendimentos futuros que o devedor venha a angariar, pois a responsabilização do devedor cessa com a venda dos seus bens. Trata-se de uma via um pouco lenta, já que se concede ao devedor um novo começo (*fresh start*) em 04 meses, mas que o impede de recorrer ao mesmo sistema por um período de 06 anos.⁵⁸³

Assim, no sistema americano o perdão das dívidas é o fim e o começo, no sentido de que encerra o procedimento legal da falência com efeito de coisa julgada, e o começo, porque está relacionado à concessão de uma nova oportunidade aos devedores honestos de recomeçar a vida sem o peso opressivo psicológico de dívidas anteriores.

O perdão pode ser obtido no início do procedimento, quando não há bens a liquidar, como ocorre no capítulo 7, ou após o cumprimento de um plano de pagamento que contemple o reembolso de parte das dívidas, como ocorre no capítulo 13.

Podem ter acesso ao capítulo 7 uma pessoa singular ou uma sociedade, sendo indiferente o valor da dívida envolvida, mas somente a pessoa singular pode ser beneficiada com o perdão da dívida, o qual não anula as garantias sobre determinado bem.⁵⁸⁴

Quanto ao procedimento específico, o devedor entrega uma petição no tribunal de falências com informações precisas sobre os credores, natureza e montante das dívidas, fonte, valor e regularidade dos rendimentos que auferir, seus bens e seus encargos mensais essenciais (alimentação, transporte, impostos, medicamentos, aluguel, etc.). Com a mera entrega da petição, as execuções contra o devedor ficam suspensas. Nos 20 a 40 dias após a entrega da petição, realiza-se uma reunião de credores, com a presença indispensável do devedor, que deve responder a eventuais questões apresentadas pelos credores sobre seus bens e negócios, e do administrador da falência.⁵⁸⁵

O Tribunal deve estar atento para evitar um recurso abusivo ao capítulo 7, quando for possível o recurso ao capítulo 13, podendo, inclusive, rejeitar o pedido de falência se

⁵⁸³ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p.280. O credor pode exigir do devedor um “*reaffirmation agrément*” assinado pelo devedor e legitimado pelo Tribunal, o que consiste numa promessa de pagamento de dívidas e permite ao devedor a manutenção dos bens que seriam de garantia. A propósito, o reembolso de uma dívida perdoada na falência só pode ocorrer se houver acordo voluntário entre devedor e o credor, ou seja se ocorrer o “*reaffirmation agrément*”

⁵⁸⁴ Ibid, p. 280

⁵⁸⁵ Ibid, p. 280. Frise-se que o administrador da massa falida tem como tarefa inicial liquidar os bens penhoráveis do devedor, de forma a maximizar o montante a pagar aos credores sem garantia. Deve também empenhar-se na recuperação de dinheiro ou propriedade retirados do patrimônio do devedor de modo indevido. No mais, não tem muito o que fazer, já que os pedidos de isenção do devedor tiram da massa falida uma parte dos ativos disponíveis.

descobrir, por exemplo, que o perdão de dívidas constituiria um “abuso substancial”, em razão de poder o devedor possuir rendimento para pagar parte delas.

Depois da distribuição do montante apurado com a venda dos bens pelos credores sem garantias o devedor fica, em princípio, desonerado das obrigações anteriores ao requerimento da falência. Entrementes, o perdão de dívidas não é total, subsistindo algumas dívidas após o encerramento da liquidação, tais como as dívidas não mencionadas no requerimento de liquidação, impostos, multas, pensão de alimentos, empréstimos para educação concedido por órgão oficial.

O capítulo 13 permite ao devedor a oportunidade de reestruturar o seu passivo sem ter de liquidar os seus bens, fazendo seus pagamentos à custa do rendimento futuro, num montante que equivale, no mínimo, ao que os credores receberiam caso o capítulo 7 fosse aplicado.

A iniciativa pelo capítulo 13 é mais restrita do que a prevista no capítulo 7, pois somente o devedor pessoa física, com rendimentos regulares, cujas dívidas sem garantias sejam inferiores a determinado patamar, pode desencadear o procedimento. Assim como ocorre no capítulo 7, o processo tem início com a entrega de uma petição no Tribunal de Falências pelo devedor, a qual deve ser acompanhada da indicação dos bens e encargos, dos rendimentos e das despesas atuais, dos negócios desenvolvidos, da lista dos credores, do montante e natureza das dívidas. Quinze dias após a entrega, o devedor deve formular um plano de pagamento, com base no seu rendimento disponível, ou seja, excluído o mínimo necessário à sua sobrevivência.

O plano apresentado pelo devedor pode ser contestado pelos credores, mas não são os credores que decidem a favor ou contra, ficando essa missão a cargo do Tribunal, que homologará o plano, desde que preenchidas certas condições, a saber: os créditos com garantia serem pagos durante a execução do plano, rendimentos do devedor serem suficientes para a execução do plano, plano aplicar-se a totalidade do rendimento disponível.

No caso de ter o devedor dificuldade de cumprir o plano proposto, o administrador pode anular o capítulo 13, e o devedor pode decidir converter o seu plano de pagamento do capítulo 13 num processo do capítulo 7, obtendo, assim, o perdão das dívidas, com as exceções já referidas. Em caso, ainda, de incumprimento do plano por motivos que transcendem o seu controle (doença, por exemplo), pode ser beneficiado com uma “*hardship discharge*”, ou seja, um perdão, quando já não é possível modificar o plano inicialmente proposto.

5.6 ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Como já restou delineado no capítulo em que se tratou da constitucionalização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, a qual o Estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares, pois, mais do que meio de circulação de riquezas, o contrato passou a ser forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade.

A tutela dessas remodeladas relações jurídicas de consumo, complexas e cativas, demanda uma visão dinâmica dos contratos massificados, cuja importância social imprime a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, de conotação aberta, unificante e crítico-constructiva, sob as lentes do paradigma máximo do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da dignidade da pessoa humana.

No mundo atual, assumem relevo as discriminações através do crédito, a exclusão social e o superendividamento, cuja tutela colima, sobretudo, evitar a ruína do consumidor, sob o aspecto econômico, social, moral e existencial, garantindo-lhe uma vida digna, um espaço digno no mercado de consumo e no seio social, preservando, ao final, o próprio mercado, haja vista que isso depende da "saúde" financeira do consumidor e da sua manutenção no ciclo produtivo.⁵⁸⁶

Como observa Jean Calais Auloy:

Tratar as situações de sobreendividamento é conceder ao devedor prazos de pagamento, ver as remissões de dívida, de modo a evitar sua ruína completa e, se possível reparar sua situação. No espírito do legislador, a proteção do devedor é essencial. Os interesses dos credores não são ignorados, mas são tratados de forma subsidiária. Encontramos aqui a finalidade do direito do consumidor: proteger aquele que está em situação de hipossuficiência.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ Catarina Frade e Sara Magalhães propõem três estratégias de enfrentamento do (super) endividamento: a) automobilização : qualquer estratégia parte da iniciativa do sujeito endividado, e que passa pela afetação de recursos próprios à aumentar o rendimento ou suprir a sua quebra, ou pela reconfiguração dos padrões de despesa, para ajustar ao nível de rendimento presente (procura de novo emprego, redução de gastos com lazer, produtos supérfluos, gestão das finanças pessoais, maior poupança, cancelamento de cartões de crédito, pagamento seletivo das dívidas) ; b) mobilização solidária : ajuda a partir da ativação das redes informais familiares e afetivas, que pode se dar espontaneamente (apoio financeiro ou em gêneros) ou requerida (solicitação dos indivíduos em dificuldade , principalmente de apoio financeiro); c) mobilização institucional: diligências efetuadas pelos indivíduos junto do Estado, entidades da sociedade civil ou do mercado (subsídio de desemprego, rendimento social de inserção, apoio escolar, recurso ao processo de falência...) (FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento , a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*, São Paulo: RT, p.34-35)

⁵⁸⁷ Apud CASADO, Marcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, ano 9, jan./mar, 2000, p. 140.

Outra não é a visão de Bruno Giancoli, para quem a violação do núcleo essencial básico de consumo gera, na maioria dos contratos de crédito, a degradação da condição de pessoa, justamente porque interfere diretamente na autonomia da vontade do consumidor, reduzindo-o à condição de mero objeto da pretensão contratual.⁵⁸⁸

Assim, inobstante tenha o fornecedor direito à execução contratual, tem também o dever de não comportar-se deslealmente ou de modo indiferente às necessidades e realidade social da parte hipossuficiente, o que equivale dizer, ter o dever de cooperar para que a relação contratual ultime a função almejada socialmente.

A propósito, calha lembrar que a solidarização das relações obrigacionais já não permite o enclausuramento dos interesses individualistas, devendo seus protagonistas, como entes sociais, pensarem em si reciprocamente, ou seja, cooperarem entre si, a fim de socializarem os riscos e as perdas, viabilizando a sobrevivência digna dos contratantes vulneráveis e de diminuta suficiência financeira econômica.

E é justamente com esse olhar humanizado e solidário, fundamentado na Constituição Federal de 1988, e tomando como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve-se garantir ao consumidor superendividado a manutenção de um núcleo básico de consumo que lhe permita um acesso mínimo ao crédito de consumo para poder suprir as suas necessidades essenciais e, assim, poder viver dignamente. Ademais, o tratamento do superendividamento conduz a efeitos positivos, dentre os quais a distribuição mais justa dos pagamentos possíveis, para a recuperação do seu crédito, evitando o credor oportunista.

Nesse universo de tutela do superendividamento, e diante da ausência de positividade do fenômeno, os princípios assumem especial relevo como diretriz metodológica da interpretação de todo o ordenamento jurídico, como, aliás, já restou delineado no presente trabalho.

Nessa fase de desenvolvimento do trabalho, adunando-se à tendência mundial de criar políticas que permitam ao endividado recomeçar (*fresh start*), promovam o empreendedorismo e evitem perdas de recursos humanos e econômicos na sociedade como um todo, passa-se à fotografia das possibilidades de tutela preventiva e curativa do superendividamento, que perpassam por ações dos envolvidos diretamente na contratação do crédito - no espaço que dispõem sobre a autonomia da vontade - e também por intervenção estatal administrativa, regulamentatória, e judicial, correlacionando-as à realização dos

⁵⁸⁸ GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 110.

princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.⁵⁸⁹

5.6.1 Garantindo a dignidade da pessoa humana

Por tudo que já foi exposto até aqui, é certo que, nas sociedades modernas tipicamente de consumo, o superendividamento do consumidor acarreta prejuízos à sua dignidade como pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental integrante da ordem jurídica constitucional, verdadeiro axioma da civilização contemporânea ocidental, deve orientar as ações estatais e privadas, por tratar-se de um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, inexistindo âmbito jurídico no qual ele não incida necessariamente como *minimum* invulnerável.

O tratamento legal do superendividamento está imbricado com a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, já que denota situação social que marginaliza os indivíduos, retirando-lhes os meios materiais de sobrevivência, a própria autoestima e o sentimento de ser merecedor da confiança e do respeito alheio.

Antonio Augusto Cançado Trindade, ao abordar os direitos humanos, no sentido de que devem formar padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, lembra que se deve “afirmar a dignidade da pessoa humana, lutar contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.”⁵⁹⁰

Todas as pessoas tem um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais, dentre os quais um rendimento mínimo garantido⁵⁹¹ e o acesso ao crédito, à permitir uma

⁵⁸⁹ Como diz Bertoncello, “o que não podemos rejeitar é a realidade capitalista das sociedade atual, cuja permanência perdurará até que outra talvez melhor seja adotada, onde os cidadãos obtiveram amplitude do conforto na vida cotidiana em virtude da produção em massa dos bens de consumo e a conseqüente extinção da antiga precariedade, responsável pela cultura do racionamento. Significa dizer que não podemos meramente reagir à voracidade do mercado de consumo, mas, sim, incorporar conduta “proativa” no intuito de oferecer soluções à harmonização das mazelas advindas do nosso sistema, ou seja através da intervenção estatal na regulamentação das relações onde os desiguais atuam em polos distintos, mas sem isentar a responsabilização do consumidor no espaço que o mesmo dispõe, ainda que reduzido, sobre a autonomia da vontade” (BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Bancos de dados e superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 50, abril-jun, 2004, p.54-55)

⁵⁹⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. V. II, p. 17.

⁵⁹¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra:

parcela de consumo sem a qual o consumidor não sobrevive com dignidade. Isso significa que, quando o núcleo do conteúdo básico de consumo⁵⁹² é tolhido, viola-se a dignidade do consumidor.

Perceba-se que, no cenário do endividamento excessivo, os indivíduos carecem de condições financeiras para arcar com as despesas básicas do agregado familiar, valendo-se grande parte deles do crédito como único recurso para fazer frente às despesas ordinárias, devido à insuficiência da renda familiar ou a má administração do orçamento doméstico.

Importante rememorar que a violação do núcleo básico de consumo gera a degradação da condição humana, justamente porque priva o consumidor de uma liberdade contratual verdadeira, reduzindo-o à condição de mero objeto da pretensão contratual.

Por isso, pode-se dizer que o superendividamento é um fenômeno que gera exclusão social e ao mesmo tempo é o espelho dela, já que além de serem em sua maioria indivíduos que se endividaram devido às áleas da vida, tornam-se marginalizados do mercado de consumo, dos ciclos sociais, estigmatizados como maus pagadores⁵⁹³, sem olvidar os transtornos de ordem psicológica.

O tratamento destas situações pela legislação não se equivale, conforme observado por Geraldo Martins da Costa⁵⁹⁴, a uma "satanização" da figura do credor e um paternalismo exacerbado em relação à figura do devedor, pois os interesses dos credores não são ignorados. Ao contrário do que podem advogar alguns, em um país como o Brasil, no qual a frustração das execuções é uma constante, a reestruturação das dívidas configura a possibilidade do efetivo recebimento por parte do credor.

Portanto, conferir um tratamento adequado ao consumidor superendividado é sinônimo de garantir a sua inserção social mediante a reestruturação do passivo, e de conferir

Almedina, 2000, p.518

⁵⁹²Para Bruno Giancoli “ Por núcleo básico deve ser entendido um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá a firmar que o individuo se encontra em situação de indignidade, daí porque essas prestações poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, dando ao princípio da dignidade humana eficácia jurídica positiva ou simétrica” (GIANCOLI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p.109).

⁵⁹³Conforme levantamentos das juízas Clarissa Costa Lima e Karen Bertoncello , em projeto piloto de tratamento do superendividamento no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, criado com base no projeto "Movimento pela Conciliação" do Conselho Nacional de Justiça, é fato o estigma do "mau pagador" dos consumidores, pois "na maior parte dos casos, faziam questão de explicar os motivos que os levaram ao inadimplemento[...]deixando evidente a vergonha de estar acometido pelo superendividamento. (BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. *Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 71, jul.- set. 2009, p. 139)

⁵⁹⁴COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: *solidariedade e boa-fé*. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 250

ao credor meios de recebimento do crédito, efetivando, por conseguinte, a recomposição da estrutura econômica do devedor, preservando-se seu projeto existencial de uma vida digna⁵⁹⁵ e o livre desenvolvimento de sua personalidade, com a garantia de que toda coação externa que implique na degradação da sua existência seja obstada⁵⁹⁶.

Para tanto, é exigida do Estado uma conduta negativa, a fim de impedir a intervenção dos órgãos estatais, entidades sociais e particulares na liberdade e nos bens fundamentais dos indivíduos, e também uma conduta positiva, no sentido de assegurar a existência digna propriamente dita, seja através de políticas públicas, da legislação a ser criada, ou da atuação do poder judiciário, que deve assegurar os direitos fundamentais do indivíduo.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet observa que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada, quando estiver assegurado ao indivíduo um mínimo existencial para sua sobrevivência, que compreende "o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável)."⁵⁹⁷

Sensível a essa questão, José Reinaldo de Lima Lopes pondera

Não são poucos os que se endividam para pagar despesas corriqueiras, despesas de manutenção diária ou despesas com serviços indispensáveis que já não são providos pelo Estado ou que nunca o foram adequadamente. Parte do endividamento que preocupa deriva, sobretudo, do aumento de recursos necessários para prover a subsistência. O crédito pessoal, adiantado sob a forma de cartão de crédito ou de cheque especial, crédito sem garantias reais, portanto, constitui substancial parcela do crédito ao consumo.⁵⁹⁸

Ora, a dignidade humana representa a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, fazendo-o merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Traz consigo um complexo de direitos e deveres fundamentais, resistentes a todo ato de cunho degradante e desumano, e que garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, proporcionando e promovendo sua participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

⁵⁹⁵ Cf. MIRANDOLA, Pico della. Trad. Luiz Feracine. *A dignidade do homem*. São Paulo: GRD, 1988.p.8.

⁵⁹⁶ FLOREZ-VALDEZ, Joaquim. Arce. Los principios generales Del Derecho y su formulación constitucional. Madri: Civitas, 1990, *apud* COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 67, abr.-jun. 2009, p. 140.

⁵⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 61,p. 105, jan./mar. 2007.

⁵⁹⁸ Cf. LOPES, Jose Reinaldo de lima. *Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral*. Revista de direito do consumidor, n. 17. São Paulo: RT, 1996, p.

O consumidor superendividado perde a capacidade de consumo pela falta de receita para custeio das necessidades básicas da vida, para si e para sua família, em virtude do global comprometimento dos rendimentos mensais com dívidas, vendo-se submetido à situação de sofrimento e angústia, com afetação não apenas de sua própria dignidade, mas de todo o grupo familiar.

Importante contribuição trazem sobre o assunto Catarina Frade e Sara Magalhães, ao promoverem, através de pesquisa empírica, avaliação acerca dos valores, atitudes e comportamentos dos sobreendividados. Segundo as doutrinadoras, o multiendividamento é a base financeira dos consumidores superendividados, pois ao consumo intenso dos superendividados corresponde uma multiplicidade de financiamentos, utilizados tanto para aquisição de bens e serviços de primeira ordem (casa, saúde, alimentação, educação, serviços básicos), como de fruição do lazer. Esses superendividados são acometidos de sentimento de culpa, instabilidade emocional, num quadro de angústia e vergonha, com as ínsitas implicações externas no convívio social e familiar, inclusive auto isolamento, que abalam profundamente a sua dignidade.⁵⁹⁹

Portanto, o superendividamento muito mais do que uma questão meramente econômica, traz em si uma problemática existencial, pois representa grande ofensa à dignidade da pessoa humana.

5.6.2 Garantindo o mínimo existencial

A noção de um direito-garantia fundamental às condições materiais para uma vida com dignidade teve sua primeira elaboração dogmática na Alemanha do segundo pós-guerra, no início da década de 1950, com Otto Bachof. Segundo esse jurista alemão, o princípio da dignidade humana não reclamaria somente a garantia da liberdade, mas, também, um mínimo de segurança social, pois, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.⁶⁰⁰

Essa concepção foi consagrada na doutrina e nos Tribunais Administrativo e Constitucional Federal alemão, que passaram a encampar o entendimento de que a garantia

⁵⁹⁹FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: Direitos do consumidor endividado, São Paulo: RT, p 23-43.

⁶⁰⁰Cf. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. In: . SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.). *Curso de direito constitucional* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 570-571.

das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, como uma de suas principais tarefas e obrigações⁶⁰¹.

No Brasil, a recepção da figura do mínimo existencial, na condição de direito e garantia fundamental, pode ser considerada recente, destacando-se a obra de Ricardo Lobo Torres⁶⁰² como o primeiro ensaio especialmente dedicado ao tema.⁶⁰³

A ausência de explicitação da garantia ao mínimo existencial pela Constituição Federal de 1988 é superada pela inserção da garantia de existência digna dentre os princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput, da CF), assim como pela proteção à vida e aos direitos sociais específicos, que acabaram abarcando algumas das dimensões do mínimo existencial, embora não se reduzam a concretizações desse mínimo existencial. A propósito, não se deve deixar de registrar que, quando for o caso, o conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não será o mesmo em cada direito social, não se dispensando, portanto, a necessária contextualização e interpretação tópicosistemática.⁶⁰⁴

Nessa quadra, Ricardo Lobo Torres afirma que o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, dentre outros, como o que é necessário à existência digna. Mostrando a dupla face do mínimo existencial, dirige-se ao princípio como direito subjetivo, na medida que investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa de seus direitos mínimos, e como norma objetiva, traduzindo norma de declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania. Além dessa dupla face, o autor refere-se ao mínimo existencial compreendendo direitos fundamentais originários (direitos de liberdade) e sociais,

⁶⁰¹ Ibid. p. 571. Conferir também: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

⁶⁰² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p.20-49, 1989.

⁶⁰³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 570. E ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MAELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 386.

⁶⁰⁴ Ibid, p.394-395.

e, do ponto de vista de sua efetividade, apresentando *status negativus* e *status positivus libertatis*⁶⁰⁵.

De qualquer modo, o conteúdo do mínimo existencial depende do *standart* socioeconômico vigente, e deve-se circunscrever o seu sentido⁶⁰⁶ ao conjunto de prestações materiais positivas indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna e saudável, do ponto de vista físico, espiritual e intelectual, e, assim, fornecer critérios materiais importantes para o interprete e o processo de concretização dos direitos sociais⁶⁰⁷.

Na dicção de Paulo Caliendo, o mínimo existencial funciona como uma “cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo”⁶⁰⁸.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial alberga não apenas a garantia da mera existência física (mínimo existencial fisiológico) com dignidade, mas também um mínimo de integração social (mínimo existencial sociocultural), alcançando, assim, o acesso a bens culturais e participação na vida política⁶⁰⁹.

A adoção desse mínimo existencial, como filtro da compreensão do direito de propriedade está, portanto, inserida no contexto contemporâneo de uma liberdade solidarista, de inclusão, e não individualista, de modo a concretizar o bem comum.

Dessa forma, se pode perfeitamente dizer que, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério fulcral à aferição da legitimidade da organização social.⁶¹⁰

⁶⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

⁶⁰⁶ Adalberto Pasqualotto destaca, que na Declaração dos Direitos Humanos da ONU o próprio consumo adquire a perspectiva de essencialidade e de mínimo existencial, caracterizando o conjunto de bens indispensáveis ao provimento das necessidades básicas do indivíduo e da família (PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor*. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 66-100, out./dez. 2009. p. 68). Outros textos internacionais também ampliam a noção de mínimo existencial, a exemplo da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (ONU – 1986), que traz a noção de direito humano ao direito sustentável, que passa a ter extraordinária importância para a temática do mínimo existencial; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1966); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica – 1960); a Carta Europeia de Direitos Humanos; e a Declaração do Milênio das Nações Unidas (ONU – 2000).

⁶⁰⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 323

⁶⁰⁸ Cf. CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise econômica do direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 200.

⁶⁰⁹ *Ibid.* p. 320

⁶¹⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 311.

Nesse sentido, Bruno Pandori captura bem o sentido de titularidade funcional da propriedade, dirigida à manutenção da dignidade da pessoa humana, ao observar que “a apropriação de bens merece ser vista e protegida enquanto atribuição de titularidades às pessoas no sentido de lhes garantir o existir como pessoas plenamente inseridas na sociedade de consumo”⁶¹¹

Observe-se que, embora constitua-se cláusula aberta, envolvente da ideia de liberdade, é certo que a noção de mínimo existencial contempla a promoção e proteção da pessoa humana com dignidade para resguardar a vida humana saudável. Ou seja, para a realização da *dignidade*, não basta a liberdade formalmente reconhecida, fazendo-se necessário o atendimento de condições materiais mínimas para a existência humana, pois não há verdadeira liberdade humana em situações de debilidade econômica aguda.

Nessa senda, Fernando Martins pondera que, embora não se pretende seja o direito privado o protagonista do combate à pobreza ou sistema normativo de superinclusão dos economicamente desfavorecidos na sociedade, é seu dever promover uma tutela mais dirigida proporcionalmente a um conteúdo vital mínimo do que à própria liberdade. Esse conteúdo vital mínimo emana de fundamentos constitucionais condizentes com a tutela existencial da pessoa, e estaria correlacionado a bens estruturalmente ligados à pessoa.⁶¹²

No caso do superendividamento, em que o superendividado tem sua dignidade afetada ou ameaçada, essa noção de mínimo existencial é fundamental para assegurar os meios essenciais à sua existência, ou subsistência digna, evitando a falência da sua capacidade de consumo.

Anote-se que é justamente no campo da eficácia direta nas relações entre particulares que o mínimo existencial, em sua dimensão prestacional, tem destacada operatividade, quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas de uma vida digna, as quais geram direitos subjetivos definitivos.⁶¹³ Assim, particulares, em circunstâncias como a do superendividamento, à luz de uma adequada ponderação e do princípio da solidariedade, poderão ser demandados à reestruturar a relação negocial com o superendividado.

⁶¹¹ GIANCOLI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 131-132.

⁶¹² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.223-224.

⁶¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MAELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 415.

Desse modo, tratando-se de tutela judicial, deve o Estado-juiz atuar de modo a garantir ao superendividado os meios essenciais à sua sobrevivência, considerando o montante dos pagamentos devidos em virtude do superendividamento, uma parte de seus recursos, ao menos equivalente a uma renda básica⁶¹⁴, a fim de lhe possibilitar a manutenção do *reste à vivre*, e, portanto, a capacidade de fazer frente às despesas necessárias do cotidiano com moradia, educação, alimentação e saúde.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, além de considerar inválidas as cláusulas contratuais que contribuem para o superendividamento⁶¹⁵, tem atuado no sentido de limitar o valor do pagamento dos débitos em percentual correspondente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do consumidor superendividado, para evitar que o superendividamento o conduza a uma situação de miserabilidade, ferindo o mínimo existencial.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Bruno Giancoli defende a aplicação da Lei 10.835/2004 como a melhor proposta de concretização do mínimo existencial, na medida que tal Lei fixa a alimentação, a educação e a saúde como um primeiro momento do universo do mínimo existencial. Trata-se da lei que instituiu a chamada renda básica de cidadania, que conteria a definição da abrangência do conteúdo do mínimo existencial ou *reste à vivre*. (GIANCOLI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p133).

⁶¹⁵ Ilustrativamente, calha registrar o julgamento do RESP 537.652/RJ, em cujo voto de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, restou vedada cláusula na qual o banco exija a assinatura de uma cambial em branco pelo cliente quando da abertura de sua conta. Conforme voto do relator, tal cláusula deve ser considerada nula, uma vez que configura típica "cláusula-mandato" sendo que o devedor não pode autorizar o credor a sacar uma cambial representativa de quantias atrasadas. Tal entendimento, inclusive, logrou consolidação pela Corte, com a edição da súmula n. 60/STJ, que preconiza: "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste". Outrossim, podem ser destacadas como hipóteses de cláusulas abusivas que contribuem para o superendividamento, na esteira do entendimento do STJ: a proibição de capitalização de juros mensal, para os contratos celebrados anteriormente ao ano de 2000, sendo permitida somente anualmente (RESP 602.068/RS. Rel.); proibição de cobrança de tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito (RESP 1409792/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 01.04.2014); proibição de desconto em conta corrente para pagamento de empréstimo. Segundo a relatora, Min. Nancy Andrighi, para as formas de empréstimo, "onde não se vê a comutação clara entre garantias e condições mais vantajosas de pagamento, o STJ entende que, em nosso ordenamento jurídico, nem mesmo ao Poder Judiciário é lícito penhorar salários, no processo de execução (CPC, Art. 649, IV). Se assim ocorre, não se há de permitir ao credor expropriar - sem discussão - o ordenado de seu mutuário logo que depositado em conta corrente. A autorização contratual para que o credor se aproprie do salário pago ao devedor constitui evidente fraude ao Art. 649, IV, do CPC. Cabe ao banco obter o pagamento da dívida pelos meios ordinários." (RESP 1012915/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi); vedação de cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento da comunicação do furto, excluindo a responsabilidade da Instituição Financeira, pois transfere indevidamente o risco do negócio para o consumidor (RESP 348343/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

⁶¹⁶ RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO GENÉRICA - APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF - EMPRÉSTIMO - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/CONSIGNADO - LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA - RECURSO PROVIDO. 1. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, assim como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado a cada um dos artigos impugnados. 2. Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador. 3. Recurso provido. (Resp. 1186965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2011).

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, reconhece a proteção ao mínimo existencial, tanto na perspectiva de um direito de defesa⁶¹⁷, quanto no que toca a sua vocação prestacional. Ou seja, o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre o Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva).

No caso do superendividamento, Clarissa Costa de Lima defende a variação de *standards* para a definição das despesas básicas necessárias ao sustento dos devedores, conforme o grupo de devedores, aumentando-se o valor destinado às despesas médicas, no caso dos idosos, ou o valor de alimentação e transporte para os devedores com dependentes. Sugere, outrossim, a consideração de pesquisa do IBGE para mensurar as estruturas de consumo das famílias segundo as classes de rendimento, as disparidades regionais, a extensão do endividamento familiar, etc.⁶¹⁸

Impende a observação de que, realmente, o percentual universal de 70% a título de mínimo existencial, como reconhecido pelos Tribunais já destacados, pode não ser suficiente

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO - LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA – POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO." (AgRg no REsp 1174333/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJ de 12.05.2010)
 CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. SÚMULA N. 294 DO STJ. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS. 1. Omissis. 2. Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário; todavia, deve ser limitada a 30% dos vencimentos. 3. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no REsp 959.612/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, quarta Turma, DJ de 03.05.2010)

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ALEGAÇÃO GENÉRICA - APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF - EMPRÉSTIMO - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/CONSIGNADO – LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA - RECURSO PROVIDO. 1. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, assim como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado a cada um dos artigos impugnados. 2. Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador. 3. Recurso provido. (REsp. 1186965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2011).

⁶¹⁷ No que tange a dimensão negativa, vale conferir a emblemática manifestação dos Ministros Eros Grau, Celso de Melo e Carlos Brito, no julgamento do RE 407.688-8/SP, ao sustentarem, diversamente dos demais pares, que a moradia seria necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidando-se de direito indisponível, não sujeito à expropriação por penhora embasada em contrato de fiança. Nessa dimensão, também calha conferir o RE 397744, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, fundamentando a proibição de confisco em matéria tributária, no exercício do direito a uma existência digna, através de atividade profissional satisfatória de necessidades vitais, como saúde, educação e habitação. Na dimensão positiva ou prestacional, destacam-se vários julgamentos correlatos ao direito à saúde e à educação, sendo ilustrativos os julgamentos dos RE 573061, de relatoria do Ministro Carlos Britto.

⁶¹⁸ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 162.

para a garantia de uma vida digna, sobretudo no caso de pessoas de baixa renda, que consomem praticamente todo o salário mínimo com as despesas de subsistência (moradia, educação, alimentação, transporte).

Enfim, sendo o fenômeno do superendividamento uma patologia frequente da moderna sociedade de consumo e crédito, com repercussão clara na dignidade da pessoa humana, calha haver um limite do sacrifício patrimonial, que deverá variar conforme o caso concreto e as necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar.⁶¹⁹

5.6.3 Esfera de prevenção

A realidade da democratização do crédito amplia as facilidades de acesso a produtos e serviços, superando esquemas elitistas e popularizando sofisticados contratos financeiros e de crédito, colocando a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos existentes de apoio aos consumidores, especialmente os preventivos, com o intuito de reduzir conflitos, sobretudo no terreno do superendividamento.

A universalidade do superendividamento, sobretudo após a crise financeira mundial, ensejou princípios e práticas por organismos internacionais, como a OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*) e a ILA (*International Law Association*), para proteger o consumidor de serviços financeiros com medidas que enlaçam *disclosures* (técnicas) de informação sobre o custo do crédito (*disclosure*) e transparência, controle de práticas abusivas, mecanismos de indenização, criação de novos organismos de regulação.⁶²⁰

A propósito, relatório publicado pela comissão de endividamento do consumidor da Federação Internacional de Praticantes de Insolvência (INSOL Internacional), em maio de 2001, logrou concluir que a prevenção deve ser priorizada para o excesso de gastos e para o superendividamento, pois evita os custos e a estigmatização do processo de falência.⁶²¹

Ao se lançar à tarefa de dimensionar o superendividamento, se percebe que múltiplas são as variantes que interferem diretamente nesse dimensionamento. Assim, temos como interferências a extensão e tipo de endividamento, a oscilação nas taxas de juros, o grau do esforço das famílias e da sua educação financeira, o comportamento do mercado de trabalho,

⁶¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang . In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero (org.). *Curso de Direito Constitucional*.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 575.

⁶²⁰ Cf. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 44.

⁶²¹ *Ibid*, p.45.

da estabilidade familiar, da saúde, da doença, da vida ou da morte.

Não há dúvida de que o alargamento do endividamento potencializa sempre o superendividamento. O melhor é prevenir o excesso de endividamento e agravamento das dificuldades.

A prevenção do superendividamento passa, primeiramente, por uma tomada de consciência dos figurantes das relações de consumo, fornecedores e consumidores, quanto a ordem jurídica brasileira, reconstruída sob pilares axiológicos e normativos de primeira grandeza social, direcionados à conquista constante de uma sociedade justa, solidária, igualitária.

Essa consciência deve ter uma implicação imediata na adoção de comportamentos positivos e integrativos prévios e concomitantes, que evidenciem, já na concepção, a cooperação, a lealdade, o respeito a plena informação, a transparência, enfim, o propósito de adimplemento das obrigações, realizando os signos da função social e a boa-fé contratuais.

No que tange às ações dos consumidores, eles precisam aprender a se planejar, a se educarem financeiramente, contraindo dívidas proporcionais à sua capacidade de endividamento. Precisam também aprender a poupar previamente à contratação de créditos, a identificar as armadilhas publicitárias, sobretudo no que tange ao sedutor crédito fácil. Outrossim, na execução dos contratos devem buscar os ajustamentos necessários tão logo acometidos de situações que lhes comprometam a força do adimplemento.

Mas o consumidor brasileiro, de acordo com a professora de psicologia social Inês Hennigen⁶²², da UFRGS, não pode enfrentar sozinho a engrenagem publicitária que tenta moldar padrões de consumo, induzir decisões de compra e oferecer crédito indiscriminado inclusive para quem não tem condições de pagar. Na concepção da profissional, para formar o consumidor consciente, o país precisa de mudanças mais profundas, tanto na área educacional quanto na cultural.

No que tange aos fornecedores, ditando unilateralmente as regras do jogo, devem encampar conduta sinérgica e responsável, repousando suas práticas comerciais no rico solo ético e axiológico, e, assim, privando os instrumentos contratuais de cláusulas abusivas, que gerem onerosidade excessiva; adequando a publicidade de seus produtos ou serviços à necessidade de preservação do superendividamento; analisando previa e cuidadosamente a capacidade de endividamento do consumidor; informando claramente as condições

⁶²² SASSE, Cintia. Inesperados, “acidentes da vida” levam à insolvência. *Jornal do Senado*. 20 agosto 2013. Disponível em: < www.senadofederal.gov.br/jornal/edições/2013/08/20>. Acesso em: 17 maio 2014.

contratuais, sobretudo as que gerem encargos, permitindo prazo de reflexão; praticando juros razoáveis que preservem seu spread em patamares não extorsivos, etc.

Assume especial relevo o dever do fornecedor no sentido de prestar todas as informações claras e atualizadas aos devedores potenciais sobre as condições dos empréstimos, inclusive com simulações dos encargos, e as consequências do incumprimento dos compromissos, a fim de garantir-se uma real vontade refletida ou racional ⁶²³.

De outra banda, também os consumidores devem prestar as devidas informações pessoais e patrimoniais aos fornecedores, para que estes possam realizar uma análise prévia e responsável da viabilidade da concessão do crédito.

Outrossim, não se pode olvidar da expectativa quanto a sensibilidade dos poderes constituídos no sentido de regulação das condições do crédito ao consumidor e da sua publicidade (atividade legislativa), fiscalização prática de como as concessões estão ocorrendo, pelos órgãos administrativos competentes, assim como realização de oficinas de orçamento familiar e implementação de programas de educação financeira nas escolas de ensino médio e fundamental (poder executivo), e adequação das concessões ao ordenamento jurídico, a fim de preservar a dignidade dos endividados (atividade judicial).

A propósito, lembra Gilles Paisant ⁶²⁴ que a perspectiva de dispositivos preventivos gera oposição quase reflexa dos organismos bancários e de crédito, que não deixam de advogar junto aos poderes públicos os efeitos desastrosos dessa prevenção na economia do país, supostamente por entravar o curso de suas atividades. Mas a experiência evidencia em toda parte que uma regulamentação de crédito não representa o óbice alegado, contribuindo, na verdade, para reduzir o número dos incidentes de reembolso.

Aliás, tudo isso nada mais representa do que a materialização de uma política nacional de relações de consumo, que, na esteira do art.4º, do CDC, “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

⁶²³ Essa denominação de Nichole Chardin é adequada, pois indica a importância dos novos direitos dos consumidores, quais sejam os da informação, reflexão e eventual arrependimento, todos formas de proteção da parte débil da relação de consumo.

⁶²⁴ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren (org.). *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, v. 01, 2010, p. 10.

O fim colimado pela legislação consumerista mira essencialmente o restabelecimento do equilíbrio contratual, sem que haja aniquilamento da livre iniciativa do fornecedor, muito menos da cidadania econômica do consumidor, através de práticas abusivas e ofensivas ao arcabouço principiológico, base de uma sociedade mais justa e igualitária.

É justamente à guisa das experiências do direito estrangeiro, que sejam compatíveis com o direito nacional, assim como experiências judicantes nacionais na área de Defesa do Consumidor, que é possível destacar a seguir algumas medidas destinadas à prevenção.

5.6.3.1 Restrição ex ante do suprimento do crédito ao consumidor e o papel dos bancos de dados

Perceba-se que conceder crédito a quem já se encontra consideravelmente endividado, sem qualquer condição imediata para adimplir mais uma dívida, é utilizar de forma antifuncional o seu direito subjetivo, afrontando claramente a noção de boa-fé contratual, e os fundamentos materiais impostos pela Constituição Federal, Código Civil/02 e Código de Defesa do Consumidor.

Desde que fundamentada objetivamente na prevenção de endividamento excessivo, devidamente aferida a partir de paralelos e múltiplos empréstimos, não se pode reputar discriminatória a restrição de crédito, pois o dever de avaliar a adequação entre crédito pretendido e situação financeira do consumidor traduz dever de cuidado, prudência, vigilância, discernimento e lealdade, e tem origem no princípio da boa-fé objetiva, que contribui para a segurança das relações negociais.

A propósito, Maria Manuel Leitão Marques sugere aperfeiçoamento dos sistemas de avaliação de risco (*scoring*) e maior exigência aos clientes de documentação comprobatória da declarações prestadas pelo consumidor.⁶²⁵

Leonardo Bessa também destaca a utilização dos bancos de dados⁶²⁶ para facilitar e agilizar a concessão do crédito e a perfectibilização da compra de produto ou serviço pelo consumidor, pois diante de uma mais célere aferição da idoneidade patrimonial do pretense

⁶²⁵ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et al. *O endividamento dos Consumidores*. Coimbra : Almedina, 2000, p.287-288.

⁶²⁶ Assim entendeu o Ministro Aldair Passarinho, relator do REsp 456.412-SP.

consumidor de certo produto o serviço, o fornecedor forneceria um crédito mais responsável e menos arriscado.⁶²⁷

Na mesma trilha, Bertoncello labora a utilização do serviço de cadastro de inadimplentes para controlar o crédito ao consumidor, e, conseqüentemente, prevenir o superendividamento. A sensível doutrinadora pondera:

Ora a relevância da atuação dos arquivos na atividade das empresas concessionárias de crédito aos consumidores traduz influencia direta no mercado financeiro, viabilizando o fluxo da produção e da preservação da fonte de renda dos trabalhadores, motivo pelo qual resulta impositiva a visão macroeconômica da repercussão dos arquivos de consumo, em especial, os inadimplentes; simultaneamente, à delimitação do cadastramento promovido pelos fornecedores. Daí a importância de investigação sobre a natureza dos domínios relacionados aos bancos de dados de inadimplentes e instituições de crédito ao consumidor, sob a perspectiva dos deveres anexos decorrentes da boa-fé.⁶²⁸

Segundo Iain Ramsay, a abrangência dos mercados de crédito está relacionada com a extensão do compartilhamento de informações de tal forma que os empréstimos bancários para o setor privado são maiores, e menores os números de inadimplementos, em países que possuam um elevado grau de compartilhamento. Na sua concepção, isso ocorre, sobretudo, porque o *scoring* aumenta o significado da sanção da reputação nos mercados dos consumidores, o que não é desejado pelos mesmos, estimulando uma moralidade do uso apropriado do cartão de crédito.⁶²⁹

No Brasil, a lei 12. 414, de 09 de junho de 2011, veio justamente disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.⁶³⁰

⁶²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Abrangência da disciplina conferida pelo código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1998, p. 152.

⁶²⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de dados e superendividamento do consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n.50, ano13, abri-junho, São Paulo: RT, 2004, p. 43.

⁶²⁹ RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor* n.º 63. São Paulo: RT, julho-setembro 2007, p. 247-248.

⁶³⁰ O Ministro Aldair Passarinho, ao proferir voto relator no Recurso Especial 456412-SP, elucidou a utilidade social dos bancos de dados nas hipóteses de superendividamento : “[...]Como visto, as entidades que mantêm cadastro para proteção ao crédito têm suas atividades plenamente legitimadas e nada obsta que as instituições bancárias e financeiras, dentre outras, informem a situação de inadimplemento ocorrida nos negócios realizados com pessoas físicas ou jurídicas com elas contratantes. Tal procedimento, além de lícito, como já dito, e, portanto, harmônico com o art. 160, I, do Código Civil, busca também evitar o aumento do endividamento dos devedores na praça, pela contração de novas dívidas sem o cumprimento obrigacional pretérito”

Para a formação do banco de dados positivo, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado (art.3º, §1º). Outrossim, o compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada (art. 9) .

Nos termos da referida Lei, as informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para realização de análise de risco de crédito do cadastrado (art. 7, I) ou subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (art. 7, II).

Por fim, as informações sobre o cadastrado constantes dos bancos de dados somente poderão ser acessadas por consulentes que com ele mantiverem ou pretenderem manter relação comercial ou creditícia. (art.15).

Veja-se que, colimando proteger o cadastrado quanto às estigmatizações, a lei 12.414/2011, em seu art. 8, estabeleceu como obrigações das fontes manter os registros adequados para demonstrar que a pessoa natural ou jurídica autorizou o envio e a anotação de informações em bancos de dados. Além desse dever, ainda estabeleceu a essas fontes os deveres de: comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado; verificar e confirmar, ou corrigir, em prazo não superior a 2 (dois) dias úteis, informação impugnada, sempre que solicitado por gestor de banco de dados ou diretamente pelo cadastrado; atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados, em prazo não superior a 7 (sete) dias; manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados; e fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados.

Paralelamente, foram estabelecidos como direitos do cadastrado (art.5º) o cancelamento do cadastro quando solicitado; o acesso gratuito às informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento; solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos

bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação; conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento; solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

Seguindo essa tendência preventiva, o projeto de lei 283/2012, em trâmite no Senado Federal, traz, inclusive, como obrigação do fornecedor de crédito a consulta aos bancos de dados, a fim de que se possa avaliar, de forma responsável, a credibilidade do tomador de empréstimo, suas condições do consumidor de pagar o crédito, devendo comprovar a realização da análise e gerar um dossiê para evidenciar esse esforço de conhecimento do tomador de crédito.⁶³¹

Embora não esteja previsto no projeto de lei referido, se poderia pensar como medida analógica à constante da Lei 11.101/2005 (Lei de falência), a possibilidade do juiz determinar a anotação do estado de superendividamento do consumidor nos bancos de dados de proteção ao crédito, cujo registro permaneceria até a liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação, pois dita informação seria útil tanto para o superendividado (não tomar mais crédito e gerar outra situação de superendividamento) , como para os outros agentes econômicos concedentes de crédito.

Observe-se que a Lei nº 11.101/2005, que trata da recuperação de empresas, prevê o registro da informação junto ao nome da empresa em recuperação judicial, podendo o Juiz determinar, no registro público de empresa, a anotação de recuperação judicial, a exemplo, inclusive, do que já ocorre na França, que dispõe de cadastro nacional dos incidentes de pagamentos e da relação dos devedores que se beneficiaram com o novo plano de pagamento, de repactuação.⁶³²

⁶³¹ A Lei francesa Neiertz, de 31.12.89 já havia instituído um ficheiro de registro dos incidentes de crédito dos particulares, a fim de prevenir a expansão do endividamento excessivo dos indivíduos.

⁶³² Ao lado da utilização de banco de dados, a doutrina francesa defende a utilização do cadastro nacional de incidentes de pagamento, criado pela Lei 31.01.1989, e que disponibiliza três tipos dados: incidentes de pagamento caracterizados, ligados aos créditos concedidos as pessoas físicas para necessidades não profissionais; decisões administrativas a favor dos devedores que solicitaram o benefício do procedimento; relação dos devedores que se beneficiaram do plano convencional ou de medidas recomendadas pelas comissões..

Entretanto, deve-se advertir quanto a responsabilidade dos fornecedores de cadastro no gerenciamento dos dados pessoais dos consumidores, sendo exigível desses a demonstração da natureza do título que justifica o inadimplemento, bem assim a cautela quanto a efetiva existência da dívida e seu incumprimento, a fim de materializar o dever de cuidado, cooperação e informação correlatos à boa-fé objetiva⁶³³, sob pena de negar-se concessão de crédito injustamente, prejudicando os consumidores.

Nessa senda, não se pode deixar de registrar o êxito do legislador, ao estabelecer no corpo do Código de Defesa do Consumidor (art. 43,§2º) a obrigação do fornecedor de comunicar previamente ao consumidor eventual inserção de dados no cadastro de inadimplentes, a fim de garantir a oportunidade deste comprovar o adimplemento da obrigação, justificar o inadimplemento, enfim, evitar injusta inserção, que lhe ofende a dignidade, o que encontra-se reproduzido na Lei 12414/2011, em seu art. 5, V, para as demais relações contratuais, privadas ou públicas.

5.6.3.2 Direito de arrependimento e prazo de reflexão

Como já descortinado, numa sociedade de consumo em que os consumidores são bombardeados diuturnamente com infindáveis ofertas de produtos ou serviços, e suas correspondentes ofertas de crédito facilitado, não há tempo adequado para a reflexão acerca do negócio por parte dos consumidores, nem interesse dos fornecedores de que isso aconteça.

Não se trata de um mero impulso ou venda emocional, mas da força de uma pressão desigual exercida por todo um amparato comercial de publicidade e marketing, que criam novas necessidades, sem os devidos esclarecimentos, fomentando a necessidade de um consumo⁶³⁴.

Eclipsados pela confiança, os consumidores, seduzidos, sem maior ponderação, contratam com adesão a cláusulas que sequer conhecem, sem possibilidade de retratação, estando sempre à beira do abismo do endividamento excessivo e absorvente.

Portanto, não se pode deixar de observar a imprescindibilidade do reconhecimento ao direito de reflexão e arrependimento por período adequado, sem ônus ao consumidor,

⁶³³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de dados e superendividamento do consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n.50, ano13, abri-junho, São Paulo: RT, 2004, p. 44

⁶³⁴ Cf. BOLSON, Simone Hegele. *O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, out-dez. São Paulo: RT, 2007, p. 179.

sobretudo nos contratos de crédito, pois condizente com a sua vulnerabilidade e o princípio da boa-fé objetiva..

A atuação refletida se manifesta no comportamento do fornecedor do crédito que respeita os interesses legítimos do outro, seus direitos, os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição privilegiada em que se encontra, sem causar desvantagem excessiva à pessoa e ao patrimônio da parte débil contratual, visando o bom fim das obrigações, ou seja, a realização dos interesses legítimos de ambas as partes.

Outrossim, qualquer oferta feita pelo fornecedor de crédito deve conter elementos de informação indispensáveis à permitir uma reflexão do consumidor sobre a necessidade e adequação do crédito em sua vida, tendo condições de comparação com outras ofertas no mercado.

O direito de arrependimento esta previsto essencialmente no art. 420, do Código Civil/2002, na forma de arras penitenciais, que, conforme doutrina preponderante, deve estar expressamente prevista no contrato, assumindo o papel de verdadeira cláusula penal, como , aliás, já esta posto na sumula 412, do STF⁶³⁵.

Em verdade é um retorno ao *status quo* ante em razão da desistência de algum dos contratantes, devendo ser manifestado antes do início do cumprimento do contrato, a não ser que as partes tenham estipulado um prazo específico para tal exercício, ao final do qual se terá por cumprido o contrato, ou, se não cumprido, as arras serão consideradas confirmatórias.⁶³⁶

No Código de Defesa do Consumidor, o direito de arrependimento foi inserido no art. 49, como típico instituto do direito social, de conotação potestativa⁶³⁷, concedendo à parte vulnerável da relação de consumo o direito de resolução, no prazo de 7 dias ⁶³⁸, com o

⁶³⁵ Dispõe a súmula 412, do STF: "No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo."

⁶³⁶ BOLSON, Simone Hegele. *O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n. 64, out-dez. São Paulo: RT, 2007, p.172. A doutrinadora ainda refere o direito de arrependimento no contrato preliminar, com arrimo no art. 463, do CC/02, o que veio ao encontro do principio da eticidade, com o proposito de assegurar uma relação jurídica ética e prevenir os contratantes dos riscos do negócio. Assim as partes podem formulara contrato preliminar, estabelecendo cláusula de arrependimento caso se deseje que a desistência de qualquer das partes implique um custo ao desistente.

⁶³⁷ Como refere Simone Bolson: [...]é direito potestativo, pois exercitável única e exclusivamente a partir da vontade do consumidor, não exatamente contra o fornecedor, mas em face de, isto é, irrelevante a vontade doo fornecedor, vez que ele encontra-se em situação de sujeição, não podendo opor-se a ele" (Ibid, p. 178)

⁶³⁸ O prazo de 7 dias para o arrependimento , estabelecido no art.3, da Lei francesa 72-1137, foi incorporado ao art. 121-25 do Código de Consumo francês (Lei 93.949/93), a contar da proposta de compra assinada pelo cliente ou da sua aceitação contratual, dando-se por intermédio de uma carta *recommandée* enviado ao fornecedor.

propósito de proteger o consumidor das chamadas vendas agressivas praticadas no seu domicílio ou local de trabalho, bem como as vendas a porta (door-to-door), as vendas emocionais e as contratações à distância, de modo a alcançarem-se as vendas por telefone, via postal, rádio, tv a cabo, catálogo, mala direta, internet, etc.

Embora a previsão legal do Código de Defesa do Consumidor somente faça alusão ao direito de arrependimento com relação aos contratos concluídos fora do estabelecimento comercial, não há razão para que tal possibilidade não seja estendida aos contratos concluídos no estabelecimento comercial, sobretudo se for considerado o não acesso às reais condições do negócio e a possibilidade de endividamento extremo do tomador.

Pondere-se que as novas conflituosidades entrelaçadas à democratização do crédito, surgidas após o Código de Defesa do Consumidor, pensado na realidade do final da década de 80, demandam naturalmente a ampliação, para realizar, sobretudo, os ideais de justiça contratual e solidariedade social.

Aliás, a solidariedade social assume especial destaque como valor que deriva da consciência racional dos interesses em comum, que implica para cada membro a obrigação moral de não fazer aos outros o que não deseja para si próprio, numa relação de alteridade⁶³⁹, de enxergar o outro, de haver uma reciprocidade na relação contratual, em detrimento do mero afã do lucro pelos fornecedores de crédito.⁶⁴⁰

Para tanto, o Estado Juiz, no cumprimento de sua tarefa, deve valer-se de uma hermenêutica aberta e integrativa à oportunizar ao consumidor a extensão do direito de arrependimento, que vem ao encontro da realização da proteção constitucional do consumidor.

Se o “crédito é condição de cidadania”, não se pode aceitar que as contratações em que se assente esse crédito levem o consumidor à ruína econômico-financeira, e, conseqüentemente, à desestabilização das relações familiares e sociais, cimentando, ao final, um verdadeiro quadro de superendividamento.

No modelo francês, o prazo de reflexão impede que o contrato se conclua, diferentemente do modelo brasileiro, onde se considera concluída a contratação após a conclusão do negócio, fluindo a partir de então o prazo de 7 dias, ou do recebimento do produto ou serviço.

⁶³⁹ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110-112.

⁶⁴⁰ BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, out-dez. São Paulo: RT, 2007, p.192.

O direito ao arrependimento realiza, portanto, a função social, atendendo ao paradigma da essencialidade⁶⁴¹ contratual, diante da expectativa de que não seja o contrato simples instrumento de exploração econômica - seja pelo déficit de informação, pela imposição de encargos extorsivos, etc. - mas instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e realização de direitos fundamentais.

De qualquer modo, numa tomada das rédeas de sua própria vida, é de fundamental importância a reflexão do consumidor do crédito mesmo antes da conclusão do contrato, a fim de que possa avaliar a necessidade de suas despesas em cotejo com o universo de sua condição financeira para decidir racionalmente pela contratação do crédito, evitando avultar seu endividamento a patamar mortificante.

5.6.3.3. *Dever de informação plena quanto às condições contratuais*

Para uma adequada e prévia reflexão sobre o que se pretende contratar, é imprescindível o pleno respeito ao direito de informação, o mais básico dos direitos do consumidor, que conduz o fornecedor ao dever de comunicar adequadamente⁶⁴², compartilhar o que se sabe de boa-fé, cooperar com o *alter* da relação.⁶⁴³

Essa decisão de “in-formar” é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação”, e essa informação conduz à imputação de

⁶⁴¹ Tereza Negreiros, ao tratar da renovação da teoria contratual, e da conseqüente fragmentação do contrato, enlaça os novos princípios constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana, função social, para afirmar o contrato com instrumento de realização das metas sociais impostas constitucionalmente. E nesse contexto de renovação, refere-se ao paradigma da essencialidade com instrumento apto a distinguir os contratos conforme suas diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Desse modo, os contratos que tenham a função de satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar, com ampliação do campo principiológico. Já os contratos que envolvam bens ditos supérfluos seriam compatíveis com uma disciplina mais liberal, numa concepção despatrimonializada. O critério de utilidade existencial do bem ou serviço em relação à pessoa, seria um caminho na busca do justo, em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade, tendo sempre em mira o princípio unificante da tutela da dignidade da pessoa humana. Sob os influxos dos princípios constitucionais, o interprete possui elementos suficientes para a construção do paradigma da essencialidade, à luz do qual a intervenção no domínio contratual seja seletiva e se realize a ponderação, na esfera negocial, entre liberdade e solidariedade (NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato.: novos paradigmas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 30-42)

⁶⁴² Claudia Lima Marques observa que também a informação abundante, manipulada, controlada e desnecessária também pode ser prejudicial ao consumidor, levando o consumidor a não perceber as informações verdadeiramente uteis. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*, 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.335).

⁶⁴³ *Ibid*, p. 772

um agente da sociedade, em razão da confiança criada, sendo fruto de uma social divisão de riscos.⁶⁴⁴

Aqui vale lembrar as expressões de Gérard Cas et Didier Ferrier, para quem, como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro pela inexperiência ou incapacidade do consumidor de se informar⁶⁴⁵.

A relevância do dever-direito de informação deve-se aos múltiplos atributos e funções que desempenha, tanto na sustentação do modelo capitalista do livre mercado (proteção da concorrência), como na viabilização de vários outros direitos do consumidor, inclusive o de acesso à justiça.⁶⁴⁶

Primeiro, a informação está conexas com os princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, os quais não se realizam sem ela. Aliás, não é por outro motivo que se afirma que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação, e que é contraditório pregar o "livre mercado" e, ao mesmo tempo, solapar ou inviabilizar a plena informação ao consumidor.

Reflita-se, outrossim, que a informação confere ao consumidor a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses, já que só o consumidor bem informado consegue realmente usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. Por isso mesmo se pode asseverar que a obrigação de informar deriva da obrigação de segurança, que, por força de lei ou da razão, se

⁶⁴⁴ Ibid, p. 337

⁶⁴⁵ Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de Droit de la Consommation*, Paris, PUF, 1986, p. 380

⁶⁴⁶ Em voto proferido no Recurso Especial 1342899, o Ministro relator Sidnei Beneti talhou bem o dever de informação, ao asseverar a necessidade de serem prestadas ao consumidor as informações sobre o produto, antes e durante a contratação, de forma clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas e assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes, salientando, outrossim, que um dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que se veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação, quanto ao fornecimento de produtos ou serviços. Vale também conferir o voto do Ministro Herman Benjamin, no AgRg no AgRg no REsp 1261824 / SP, no qual afirma ser o princípio da informação: [...] Derivação próxima ou direta dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, o dever de informação adequada incide nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e vincula tanto o fornecedor privado como o fornecedor público". E ainda pontua firmemente: "Pretender que o consumidor se transforme em leitor malabarista (apto a ler, como se fosse natural e usual, a margem ou borda vertical de página) e ouvinte ou telespectador superdotado (capaz de apreender e entender, nas transmissões de rádio ou televisão, em fração de segundos, advertências ininteligíveis e em passo desembestado, ou, ainda, amontoado de letrinhas ao pé de página de publicação ou quadro televisivo) afronta não só o texto inequívoco e o espírito do CDC, como agride o próprio senso comum, sem falar que converte o dever de informar em dever de informar-se, ressuscitando, ilegitimamente e *contra legem*, a arcaica e renegada máxima do *caveat emptor* (= o consumidor que se cuida)."

põe como pressuposto para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo.⁶⁴⁷

Não se pode deixar de observar que a informação é uma das técnicas de enfrentamento das assimetrias, do desequilíbrio existente no mercado, sobretudo entre profissionais e leigos.⁶⁴⁸

Há unanimidade no entendimento de que o consumidor está em um patamar de informação inferior ao fornecedor, sendo-lhe muito mais custoso, quando não impossível, adquiri-la no mercado, o que já justifica impor um dever de informar a quem possui a informação ou a possa obter a um menor custo, lembrando que a informação deve ser o mais simples possível.

Tomando como lastro o princípio do crédito responsável, pode-se dizer que à informação, aduna-se o dever de conselho, que obriga o organismo de crédito a indicar os produtos que sejam adequados ao fim almejado pelo consumidor e a avaliar sua capacidade de reembolso, com lealdade, como via de precaver o excessivo endividamento.⁶⁴⁹

No entanto, há de se reconhecer que a regulação do crédito baseada na informação e transparência nem sempre consegue evitar situações de superendividamento, se o modelo de consumidor que se apresenta é de um consumidor que se comporta racionalmente maximizando os benefícios e minimizando os riscos do inadimplemento.

A educação financeira deficiente dos tomadores, aliada ao esclarecimento insuficiente dos fornecedores de crédito pode impedir a compreensão das informações, de forma que nem sempre as decisões do consumidor sejam, de fato, guiadas por uma análise ponderada e racional sobre os custos do crédito.

⁶⁴⁷ Como destaca Claudia Lima Marques, as informações “ são fundamentais para a decisão do consumidor (qualidade, garantias, riscos, carências, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica no Brasil, etc.) e não deve haver indução ao erro, qualquer dolo ou falha na informação por parte do fornecedor ou promessas vazias, uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura, e, portanto, deverão depois ser cumpridas na fase de execução do contrato, positivando a antiga noção da proibição *do venire contra factum proprium*” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222-223)

⁶⁴⁸ Para Stefan Grudmann, a informação sobre parâmetros relevantes é uma condição prévia para a tomada racional das decisões, maximização dos recursos e funcionamento do mercado. Entretanto, somente as assimetrias de informação que não logram ser superadas ou o são a custos excessivos é que serão problemáticas, já que a distribuição da informação de modo assimétrico é também incentivo-chave para o processo de seleção nos mercados. (GRUDMANN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu. *Revista de Direito do Consumido*. São Paulo, n. 58, abr./jun, 2006, p. 288.)

⁶⁴⁹ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 49-50.

Ademais, há de se registrar que os casos dos acidentes da vida desafiam os mecanismos de prevenção, dado que a informação e o aconselhamento não logram impedir os eventos de superendividamento, situações em que a intervenção estatal curativa exercerá papel fundamental para oportunizar um recomeço digno aos endividados sujeitos ao fenômeno.

5.6.3.4. *Intervenção pública na publicidade abusiva ou enganosa*

Sabe-se que a publicidade é o meio mais eficaz para seduzir e arregimentar o maior número possível de consumidores, levando-os a alimentar a roda do consumismo, acreditando numa felicidade material artificial e instantânea.⁶⁵⁰

Na avidez de vencer a concorrência e implementar um projeto empresarial, figurando descompromissados com os fins sociais, comumente os fornecedores legitimam formas de publicidade abusiva e enganosa, que não logrando filtro eficiente no Código de ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitárias (CONAR), vai encontrar no Código de Defesa do Consumidor disciplina específica à coibi-las.

A publicidade será enganosa quando for inteira ou parcialmente falsa, ou omitir dados importantes, induzindo o consumidor a erro. Ou seja, será enganosa sempre que o fornecedor afirmar algo acerca de certo produto ou serviço que não corresponde à verdade, ou, tendo aparência de legalidade na sua vinculação, deixar de informar aspectos fundamentais do produto ou serviço⁶⁵¹ para formação do juízo de opção do consumidor, induzindo-o a erro ou colocando dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, de forma a contaminar a sua decisão.⁶⁵²

A propósito, nunca é demais rememorar que o dever de informação do fornecedor encontra-se na linha de uma nova transparência obrigatória nas relações de consumo, com

⁶⁵⁰ Bauman já observou que os especialistas em marketing, percebendo que onde há necessidade há chance de lucro, levam sua engenhosidade ao limite para indicar maneiras de adquirir em lojas a solidariedade, o sorriso amigo, o convívio ou a ajuda no momento da necessidade. Mas, alerta que os vínculos humanos não podem ser comercializados, substituídos por produtos, pois devem satisfazer a necessidade de convívio e não a necessidade do mercado. Segundo o doutrinador, não pode “ter êxito a caçada movida pelo mercado ao capital descontrolado que se esconde na sociabilidade humana.” (BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 91.)

⁶⁵¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência*. 7ª ed. Nitérois: Impetus, 2011, p.263.

⁶⁵² Nesse sentido, conferir o Resp.1317338/MG.

importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor⁶⁵³, invertendo a regra do *caveat emptor* (segundo a qual cabia ao consumidor atitude ativa de buscar as informações), de modo a rejeitar a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível.⁶⁵⁴

Registre-se, outrossim, que a publicidade enganosa, à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor.

A publicidade será abusiva quando for antiética, ferindo a própria vulnerabilidade do consumidor, seja porque é discriminatória ou porque induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança, prescindindo-se de um dano real ao mesmo.

Ora, no mercado de consumo é corriqueira a publicidade de crédito fácil, rápido, gratuito, sem consulta prévia aos bancos de dados, no claro intuito de absorver uma clientela fragilizada, facilmente suscetível às vantagens excessivas pretendidas pelo fornecedor de crédito. Tal comportamento não condiz com a ética e esvazia de sentido a boa-fé contratual, na medida em que não atende ao dever de cooperação e lealdade.⁶⁵⁵

Nessa senda, deve ser rechaçada qualquer tipo de propaganda que tente se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, condição social, conhecimento, ou outra condição que lhe prive da plena possibilidade de entender a conjuntura contratual e se determinar racional e conscientemente a partir dessa compreensão.

Desse modo, deve o fornecedor primar pelo conteúdo mínimo informativo em toda publicidade, garantindo o conhecimento quanto a identidade do fornecedor do crédito, o objeto e a duração da operação proposta, o número de prestações, a taxa de juros e demais encargos, e seus respectivos critérios objetivos, além do custo total do crédito.

5.6.4 Esfera curativa

A tutela curativa do superendividamento, no âmbito da intervenção do Poder Judiciário, requer, de início, uma compreensão do novo discurso da responsabilidade civil dos

⁶⁵³ Conferir o voto do Ministro relator Humberto Martins no Resp.1364915/ MG

⁶⁵⁴ No passado, sob o regime do *laissez-faire*, cabia ao consumidor informar-se: era a regra do *caveat emptor* (o consumidor que se cuida). Hoje, ao contrário, o legislador a ele conferiu o direito - dito "básico", pelo CDC - de ser adequadamente cientificado pelo fornecedor, sobretudo naquilo que diga respeito aos riscos à sua saúde e segurança, ou, igualmente relevante, à qualidade, características, preço ou condições de pagamento do produto ou serviço.

⁶⁵⁵ O art. 6º, da Lei Belga, de 12.06.1991 proíbe toda publicidade que incite o consumidor em situação de insolvência a recorrer ao crédito, através de alusões á facilidade, rapidez ou gratuidade desse crédito. (Cf. LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: RT, 2014, p. 49)

fornecedores de crédito, através do qual reconhece-se a erosão dos seus filtros tradicionais, em especial, a culpa.

Outrossim, a tutela judicial do fenômeno social requer uma adequada compreensão e atuação por parte dos magistrados, a partir da relação dialógica entre a principiologia constitucional, os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Se o direito ao crédito exsurge nessa nova era como direito fundamental, e se o superendividamento pode “ceifar” o homo economicus, cabe ao interprete da lei ajustar a proteção legal a essa nova conflituosidade, assegurando, assim, a defesa da vida econômica do *homo consumericus*, afinal de contas o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é transformador da realidade.

5.6.4.1 *Um novo discurso para a responsabilidade civil dos fornecedores de crédito.*

A construção clássica da responsabilidade civil nas grandes codificações reclama a culpa, o nexo de causalidade e o dano como os pontos sensíveis ou filtros da reparação, à míngua dos quais não seria possível o reconhecimento do dever dessa reparação. Mas, no contexto contemporâneo de socialização dos danos, há uma forte tendência da doutrina e jurisprudência⁶⁵⁶ em reconhecer a erosão dos ditos filtros tradicionais, ante a perda da importância da prova da culpa e do nexo causal.

Perceba-se que, na modernidade, encontrava-se a culpa como categoria nuclear da responsabilidade civil, com forte conotação moral, baseada no binômio responsabilidade *versus* castigo, sendo a pedra de toque dessa responsabilidade o “uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção”.⁶⁵⁷

Esse caráter moral da culpa assegurava uma justificativa ética ao dever de indenizar, de modo a falar-se em “obrigação moral de não causar prejuízo”⁶⁵⁸ e “direito subjetivo a reparação”. A conjugação da conotação psicológica da culpa com a exigência de sua demonstração conduziu a um robusto obstáculo à reparação.

É inegável que, como falta moral, entrelaçada, portanto, a impulsos anímicos e a previsibilidade de sua conduta, a culpa era de difícil comprovação. Em razão dessa

⁶⁵⁶ Importante ver o julgamento do RESP 757.411/MG

⁶⁵⁷ Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12

⁶⁵⁸ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Booksellers, 2000, trad. Osório de Oliveira, p. 239.

dificuldade, e com o desenvolvimento do capitalismo industrial, e seus acidentes tecnológicos (de trabalho, ferroviários, automobilísticos, de consumo, etc.), muitas vezes despersonalizados ou anônimos, a sociedade e o próprio Poder Judiciário passaram a não mais tolerá-la, sobretudo diante da vulnerabilidade e desconhecimento técnico das vítimas, eximindo-as de prová-la, ou até mesmo suprimindo-a.

No entanto, esse modelo do subjetivismo liberal atenta contra o interesse social de restabelecimento do equilíbrio desfeito pelo dano. Como escande Marcos Catalan⁶⁵⁹, a reparação dos danos não busca a crucificação de hereges, voltando-se, em verdade, à necessidade de reparar a lesão injustamente causada ou suportada por uma pessoa que, em razão da confiança depositada no outro, não esperava se encontrar em certo estado deletério.

Em sede de reparação, portanto, a preocupação central não deve ser a sanção do devedor - até porque já superada a ideia de castigo associada à reparação - mas o dano suportado pelo lesado, e a situação social desse lesado. Nessa perspectiva, o dever de reparar o dano é uma garantia de paz social, da própria sociedade, na medida em que se preocupa com a pessoa humana, com a promoção do bem comum.

Buscando superar as dificuldades de demonstração da culpa, surgiram expedientes que se propunham a facilitar o acesso concreto da vítima a reparação, a exemplo da aplicação da teoria da presunção da culpa, transformação da responsabilidade aquiliana em contratual, do abuso de direito ou culpa negativa, teoria do risco.

A investigação de critérios objetivos de imputação da responsabilidade que pudessem substituir ou aplinar o papel central da culpa teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, que propôs a substituição do princípio da imputabilidade por um de simples causalidade, que prescindisse da avaliação do comportamento do sujeito causador do dano.⁶⁶⁰

Josserand⁶⁶¹, em linha próxima, defendeu a ideia de risco como critério de responsabilização. Não obstante o embate doutrinário e jurisprudencial que doravante se travou, fato é a aceitação da responsabilidade objetiva em quase todos os ordenamentos

⁶⁵⁹Cf. CATALAN, Marcos. *A morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶⁶⁰Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

⁶⁶¹ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Revista Forense, v. LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense, abr./jun, 1941, p. 52-63.

jurídicos, inclusive no Brasil.

No contexto da culpa normativa, o agente, assim, é culpado por ter deixado de empregar as diligências sociais médias (juízo abstrato), e não por ter agido imoralmente (imputação moral – juízo concreto), ainda que tenha feito o seu melhor para evitar o dano, o que implica numa compreensão mais técnica e menos ética, espiritual ou moral.

No Brasil, a responsabilidade objetiva ingressou no ordenamento jurídico por meio de Diplomas especiais, como a lei de Estradas de Ferro (Decreto Lei 2681/12) e o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7565/86), mas foi com a Constituição de 1988 que se oxigenou os rumos axiológicos para a adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse adremente comprometida com a reparação dos danos, numa perspectiva marcada pela solidariedade social. Nessa senda, surge o Código de Defesa do Consumidor, e, posteriormente, o Código Civil de 2002⁶⁶².

Em seus artigos 12, 14, 18 e 20, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva, sem aferição do elemento culpa.

Por outro lado, embora de Inspiração portuguesa e italiana, o art. 927, § único, do Código Civil de 2002 optou francamente pela responsabilidade objetiva, e não por sistema intermediário de presunção de culpa, a exemplo da opção dos legisladores portugueses e italianos, afastando, desse modo, a ideia de prevalência de culpa, retirando o caráter *ex lege* e excepcional da responsabilidade objetiva, e deixando à discricionariedade jurisdicional as tarefas sujeitas a sua incidência.

Conforme esclarece Catalan⁶⁶³, a preponderância do recurso aos fatores objetivos de atribuição do dever de reparar o dano injusto nas hipóteses de violação de deveres gerais de conduta parece derivar do valor que assume a necessidade de proteção da vida, valor que, ao lado da integridade psicofísica e de outros vetores que compõem o conjunto aberto de direitos da personalidade, justifica a existência – ainda que não os limite a essas situações – dos deveres sob análise. Outrossim, deriva da valorização da confiança depositada na conduta do outro (fonte autônoma de obrigação), da obrigação de segurança. Não importa se o dever violado fora conhecido com antecipação, devendo-se levar em conta aferição de fatores de atribuição do dever de reparação, os comportamentos foram informados pela boa-fé,

⁶⁶² O CC/2002, previu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco, no art. 927, e elegeu objetiva a responsabilidade por fato de terceiro e fato dos animais, assim como a empresarial por danos causados pelos produtos postos em circulação

⁶⁶³ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

solidariedade social.⁶⁶⁴

Schreiber, atento a uma nova leitura da responsabilidade, diz que a responsabilidade civil vivencia um novo momento, em que passa a ser vista como “instrumento não de pretensões individuais, mas voltado à solução dos danos como problema coletivo e social.”⁶⁶⁵

Nessa senda, a jurisprudência tem flexibilizado as teorias do nexo causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade, em regra, consiste em assegurar alguma compensação à vítima, chegando-se a condenar mesmo na absoluta ausência de nexo causal, à guisa de fatores de cunho político, moral e ideológico, no que a doutrina francesa denominou “presunções clandestinas de causalidade”, e também na responsabilidade objetiva agravada, justamente para identificar esta atuação criativa dos tribunais à margem de qualquer previsão legislativa que a sustente.⁶⁶⁶

Pode-se dizer, então, que o fundamento ético-jurídico dessa responsabilidade civil é a dignidade da pessoa humana, que pode ser buscado na concepção solidarista do direito à reparação dos danos, que, por sua vez, implica a distribuição de perdas à sociedade.

Nessa quadra, o resultado das ações de responsabilização deve passar a ser repartido pela coletividade de agentes potencialmente lesivos, ou, em algumas hipóteses, pela sociedade como um todo.

Ao invés de transferir o ônus reparatório de um indivíduo a outro (*loss shifting*), a responsabilidade deve assumir a tarefa de diluir o peso da reparação (*loss spreading*), tornando mais efetivo, e menos litigioso o amparo a vítima, de modo a atender à nova função da responsabilidade civil, consistente na gestão dos danos, inerentes à convivência social, e voltar as energias à identificação do culpado.⁶⁶⁷

Para tanto, deve-se examinar as medidas aptas (exemplo do seguro privado obrigatório para certas atividades lesivas) e cuidar dos instrumentos institucionais que possam desestimular as demandas frívolas.

⁶⁶⁴ Cf. enunciado 363, aprovado na IV Jornada de Estudos de Direito Civil, sob a coordenação do Conselho Nacional da Justiça Federal, dispondo que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”

⁶⁶⁵ Partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica é um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem estar social, a dignidade, a liberdade, a igualdade, deve, para tanto, experimentar modificações para se ajustar a nova realidade em que e para que é revivida. A lógica do razoável, assim, torna o operador do direito capaz de perceber a realidade em função dos valores que a constituem num dado caso concreto, potencializando a realização do direito justo, por exteriorizar uma operação axiológica e teleológica, que se revela compatível com as especificidades históricas e culturais do caso concreto.

⁶⁶⁶ Cf. Noronha, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In: Revista dos Tribunais, v. 761, 1999, p.37.

⁶⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5 edição. São Paulo. Atlas:2013, p.8

Exigir uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade já não se coaduna com o pleno acesso a justiça, sobretudo quando se considere a fluidez das relações na sociedade, a expansão dos danos indenizáveis, a necessidade de leitura das vicissitudes surgidas no curso do processo obrigacional, por meio das lentes constitucionais da isonomia, solidariedade social, dignidade da pessoa humana e princípios contratuais sociais, a força normativa da confiança como fator de imputação do dever reparatório. Se a realização da justiça pressupõe tratamento igualitário entre as partes iguais e desigual entre as partes desiguais, justo a distribuição dos riscos nessa proporção entre as partes.⁶⁶⁸

As contingências da contemporaneidade, os mais diversos bens e serviços nela surgidos e aperfeiçoados, a impossibilidade de juízos seguros de previsibilidade, os riscos difundidos no tempo e no espaço (sociedade de riscos), inclusive cumulativamente (novas tecnologias industriais e seus impactos ambientais; contextos sanitários de epidemias, ocorrências naturais com impacto social, fenômenos ligados ao terrorismo político, etc.), observaremos a insuficiência das soluções clássicas (responsabilidade subjetiva) para a expansão dos danos.

O caminho é o recurso a fatores objetivos de imputação do dever de reparar responsabilidade objetiva, de modo que imputar já não é atribuir culpa, mas atribuir responsabilidade, desde que presentes os pressupostos (contrato, conduta antijurídica, nexo de causalidade, lesão a interesse juridicamente relevante), ante a existência de um fator de atribuição do dever de reparar, eleito pelo Direito.

A propósito, André Fontes⁶⁶⁹ elenca como fatores objetivos, dentre outros, a solidariedade, a seguridade social, o risco criado, a equidade, garantia e tutela especial de crédito, os ou fundamentos objetivos de atribuição de responsabilidade.

Justamente com o olhar sob a vítima do dano injusto é preciso pensar de que forma é possível amenizar ou evitar que suporte suas consequências, priorizando a proteção da pessoa humana, até porque quando essa logra efetiva proteção, promove-se redução de custos sociais⁶⁷⁰.

A ideia é no sentido de que, sendo a equidade e a solidariedade social as bases

⁶⁶⁸ Cf. CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013, p. 272

⁶⁶⁹ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n16, p. 177/189, jan /jun. 1999.

⁶⁷⁰ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas na responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, vol. 31, p. 54/55, jan. /jun, 2007.

fundantes da responsabilidade civil, o agente deve ser visto como responsável por outra pessoa e não apenas por sua esfera de atividades, numa alusão ao que se chamou “responsabilidade frente ao outro”, e não mais perante a si próprio ou a alguma divindade.

5.6.4.2 Controle Judicial dos contratos de crédito: direito a revisão e integração contratual

O contrato frustrado representa, em alguma medida, privação de riqueza para a sociedade, sendo inegável o interesse público na geração e na circulação dessa riqueza, e, portanto, na manutenção da avença contratual.

Para a manutenção, entretantes, imprescindível se faz o controle judicial do conteúdo do contrato, a fim de adequá-lo ao ordenamento jurídico e seu plexo axiológico.

Observe-se que a operação judicial pode dar-se sob uma lógica solidária com as escolhas da autonomia privada (quando se interprete e adeque o contrato na busca do significado a atribuir ao regulamento contratual e à qualidade das obrigações que respeitam a cada parte, a partir da manifestação de vontade das partes e da equidade) ou segundo uma lógica de potencial antagonismo, através da qual o Juiz avalia se o contrato está em conflito com os objetivos fundamentais e valores de natureza ética, social, econômica, ou seja, violam o bem comum.⁶⁷¹

Na hipótese de conflito, o expurgo das cláusulas e práticas abusivas demanda análise material de certos elementos⁶⁷² fundamentais, verdadeiras bússolas do Estado Juiz, sobretudo porque interferem decisivamente na qualificação da abusividade das cláusulas contratuais. Nesse plexo estão o momento e o contexto circunstancial da conclusão do contrato; a situação pessoal, financeira e econômica dos parceiros contratuais; situação de formação e capacidade intelectual dos parceiros; violação de direitos fundamentais; sinalagma entre prestação e contraprestação; desequilíbrio da paridade contratual, dentre outros.

Desse modo, circunstâncias como a catividade da contratação do crédito e a dependência contratual do consumidor, a posição privilegiada do parceiro contratual, a contratação de crédito em estado de perigo, lesão ou necessidade, o déficit informativo do consumidor, e o entorno publicitário agressivo, tem o condão de conduzir certas cláusulas à seara da abusividade e, portanto, da nulidade, cuja declaração caberá ao Estado Juiz realizar.

Outrossim, a quebra da cooperação ou lealdade entre os parceiros, bem como a

⁶⁷¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 170-178.

⁶⁷² BECKER, Michael. Apud MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 1151-1152.

desconsideração das condições pessoais do contratante escolhido podem levar a práticas abusivas, aptas a gerar onerosidade excessiva ao contratante dominante. A onerosidade também poderá advir de alteração da racionalidade econômica da operação contratual em razão de circunstâncias não contemporâneas à formação do contrato, que alterem a base subjetiva ou objetiva da relação contratual⁶⁷³, sobre as quais não possui o fornecedor domínio.⁶⁷⁴

Perceba-se que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os meros interesses particulares dos fornecedores, enquanto operadores singulares que agem nesse mercado, no intuito de lucro, até porque a indiscriminada tutela dos interesses particulares destes fornecedores e de suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto.⁶⁷⁵

Portanto, os limites éticos impostos ao exercício dos direitos subjetivos, e fixados com base tanto no princípio da boa-fé objetiva, como nos bons costumes e a função social dos direitos, serão os vetores que conduzirão a atividade judicial revisional, nas situações de onerosidade ou vantagem excessiva, sem olvidar-se da responsabilidade objetiva dos fornecedores de crédito, como adiante se mostrará.

5.6.4.2.1 Vantagem excessiva: exercício abusivo de posição jurídica e onerosidade excessiva.

O princípio da vulnerabilidade dos consumidores evidencia o intrínseco desequilíbrio da relação de consumo (art. 4, I, CDC), e, a partir dele, o legislador buscou tornar a relação o quanto possível mais equilibrada e justa através de ações estatais (art. 5, XXXII, da CF) de prevenção e coibição do desequilíbrio excessivo, que logra se manifestar em duas vertentes: exercício abusivo da posição jurídica dominante dos fornecedores (vantagem excessiva) e

⁶⁷³ Karl Larenz foi o doutrinador responsável por concluir que a base do negócio pode ser utilizada em ambos os sentidos, subjetivo e objetivo. Entende por base subjetiva do negócio a comum representação mental de ambos os contratantes, existente quando da conclusão do contrato, que tenha influído significativamente na formação dos motivos. Na esteira do seu ensinamento, se a representação das partes não se realiza, em razão de “*error en los motivos*”, seja referente a qualidade do objeto ou a base de cálculo, não sealaria em invalidade do negócio, mas somente em sua revisão. Por base objetiva do contrato, entende o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato bilateral, sem as quais não se logra a relação de equivalência contratual e o alcance do próprio fim do contrato. Segundo Larenz, é da essência do contrato bilateral que cada contratante obtenha por sua prestação um equivalente, de modo que a transformação das circunstâncias responsáveis pela relação de equivalência e fim do contrato abalará a base objetiva do contrato, ensejando a sua nulidade. (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1956, p.41-131).

⁶⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.252.

⁶⁷⁵ ROPPO, op. cit. p. 225

ocorrência de fatos supervenientes à contratação, não imputável à qualquer dos contraentes (onerosidade excessiva).

As situações de vantagens excessivas ocorrem quando os fornecedores aproveitando-se de sua posição jurídica dominante no mercado de consumo ultrapassam limites estabelecidos pela ordem pública, ensejando desproporção entre a vantagem auferida pelo fornecedor e o sacrifício imposto ao consumidor, em qualquer das fases da relação. ´

Assim, o Código de Defesa do Consumidor prevê duas cláusulas gerais de vantagem excessiva: a) uma que envolve a imposição de vantagem manifestamente excessiva na prática de mercado abusiva por parte do fornecedor, aproveitando-se do desequilíbrio intrínseco e estrutural das relações de crédito, podendo ocorrer antes, durante ou após o vínculo de consumo (art.39,V, CDC); b) outra que envolve prática de inserir conteúdo contratual abusivo, ante o mesmo proveito do desequilíbrio nato da relação, sujeitando o consumidor a uma desvantagem exagerada ou onerosidade excessiva (art. 51,IV, CDC).⁶⁷⁶

Desse modo, impõe vantagem manifestamente excessiva o fornecedor que abusa do direito, condicionando a concessão de crédito à contratação de seguro de qualquer espécie, a algum investimento, ou mesmo contratação de cartão de crédito (art. 39, I, CDC); pratica renegociação de dívida unilateralmente, de modo a gerar nova identificação contratual, sem prévio consentimento do consumidor (art.39,III,CDC); vale-se de publicidade agressiva e sedutora para coaptar pessoas de parco conhecimento (analfabetos funcionais) ou fragilizadas pela idade (idosos) ou estado físico à contratação de múltiplos empréstimos, inclusive os consignados, sem preservação de um percentual que lhe garanta vida digna (art.39,IV, CDC); alterar unilateralmente a incidência dos encargos do contrato de crédito, onerando-os, sem prévio conhecimento do consumidor, que utilizou como critério de escolha do produto ou serviço de crédito esse percentual (art. 39, X, CDC).

O abuso do direito deve ser entendido como exercício inadmissível de posições jurídicas, e, como tal, torna-se produto do desrespeito da função dos direitos ou dos valores que o acompanham. Nas palavras de Menezes Cordeiro o abuso de direito “reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjetivos por, embora consentâneos com normas

⁶⁷⁶ Raquel Salles afirma: “Consoante o Código de Defesa do Consumidor, entre as causas de desequilíbrio obrigacional, que podem ensejar a revisão judicial de um contrato, encontram-se aquelas que são concomitantes à sua própria formação, como a lesão e as cláusulas abusivas, e aquelas que surgem em momento superveniente, como a onerosidade excessiva.” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 316.)

jurídicas, não confluírem no sistema⁶⁷⁷ em que estas se integrem.”⁶⁷⁸

Ressalte-se a clara adequação da aplicação da cláusula geral do abuso de direito (art. 187, do CC/02) como base conceitual para a interpretação do conceito de abusividade no âmbito do CDC, a fim de condicionar o exercício de um direito ao cumprimento de suas finalidades econômicas e sociais, funcionando como norma limitadora de práticas e cláusulas abusivas no campo do direito do consumidor.⁶⁷⁹ Essa cláusula geral, portanto, reúne os elementos que compõem a ideia central do desequilíbrio excessivo nas relações de consumo, reforçando a necessidade de observância dos deveres anexos ou “fiduciários”, que resultam da boa-fé objetiva.

O abuso de direito pelos fornecedores, assim, corresponde ao excesso no exercício de direitos relacionados a uma posição jurídica dominante no mercado, ou seja, o fornecedor, aproveitando-se da sua posição dominante, pratica condutas que excedem os limites impostos pela mesma ordem jurídica (reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo e proteção dos direitos desses consumidores), criando situações de desproporção entre suas vantagens e sacrifícios impostos aos consumidores, de modo a desviar-se dos fins econômicos e sociais das relações de consumo.

Na verdade, diante da desigualdade material entre as partes contratantes, desde o momento pré-contratual, já se pode questionar a efetiva autonomia da vontade do consumidor, e, portanto, a validade das cláusulas que o põem em extrema desvantagem.⁶⁸⁰

No caso dos contratos de fornecimento creditício, é evidente que o fornecedor que

⁶⁷⁷ A noção de disfuncionalidade proposta por Cordeiro Menezes deve ser completada pela de sistema jurídico, que implica e exprime uma cultura, ou seja, “um conjunto de representações significativas, historicamente determinadas, de criação humana e capazes de comportar um determinado estágio civilizacional subjacente”. É aspiração dessa cultura encontrar uma harmonia na sistematização, ou seja uma integração sistemática, e o abuso de direito é o produto dessa aspiração, quando ela atue no espaço não funcional interno dos direitos subjetivos. Assim, uma vez formado, o sistema jurídico gera uma tensão sobre os elementos que ainda não lhe tenham sido reconduzidos ou que não comportem essa recondução, combatendo-se a disfuncionalidade. (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina. 2013, p.885)

⁶⁷⁸ Ibid, p. 882

⁶⁷⁹ A propósito, calha dar relevo à colocação de Sergio Cavaliéri: “Em nosso entender, o fundamento das cláusulas abusivas deve ser examinado a luz da nova dimensão que o Código Civil de 2002 deu ao abuso do direito[...]O que caracteriza o abuso do direito é seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito[...] Daí se conclui que o fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito, qualquer que seja ele, sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquele a que se destina. De se ressaltar, ainda, que os limites estabelecidos no art. 187 (CC) – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes – são tão amplos que abrangem todas as hipóteses de cláusulas abusivas[...]em face da doção, pelo nosso Código Civil, da teoria objetiva em relação ao abuso do direito, não é necessário, para configurá-lo, que haja dolo, culpa, má-fé, ou fim de prejudicar por parte do titular do direito. Bastará que aquele que o exerça exceda objetivamente os limites estabelecidos pela lei. Ora é exatamente isso que ocorre com as cláusulas abusivas. (CAVALIÉRI FILHO, Sergio. *Programa de direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143-147) .

⁶⁸⁰ Valem aqui todas as considerações já tecidas sobre a autonomia privada no item 3.4 da presente pesquisa.

concede crédito a quem não tem condições de adimplir o ajuste está abusando do direito de fornecer esse crédito, ainda que tal contrato satisfaça os requisitos formais de validade. Inversamente, traduz verdadeiro comportamento leal do fornecedor, o condicionar seus empréstimos a uma prévia avaliação da capacidade de endividamento do tomador, de forma a somente celebrar contratos em limites compatíveis com a natureza alimentar dos seus vencimentos.

Nesse particular, tem lugar a aplicação do *duty the mitigate of losses*, segundo o qual o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor e o seu próprio não sejam agravados, pois a negligência danosa é ofensiva ao princípio da confiança.

Também logra aplicação a doutrina do *venire contra factum proprium*. Perceba-se que uma vez concedido irresponsavelmente crédito ao consumidor, não pode o fornecedor recusar-se a renegociar a dívida, reduzir os juros e estender o prazo para pagar, por exemplo, pois tal significaria exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, voltando-se contra as expectativas justificadamente criadas.

Também abusa do direito de fornecer crédito o fornecedor que estabelece unilateralmente exorbitantes e desproporcionais encargos contratuais para consumidores, cujo perfil é de potencial inadimplemento ou adimplemento parcial.

Nessa esteira, Heloisa Carpena e Rosângela Lunardelli⁶⁸¹ afirmam que o financiamento concedido de forma temerária, tendo sido celebrado o pacto com consentimento irrefletido, sem contemplação por parte do fornecedor das reais condições daquele que pretende receber o crédito, praticamente induzindo a inadimplência, sem dúvida, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo as articulistas, a proteção das legítimas expectativas dos consumidores, a garantia de cumprimento do que ele espera obter de uma dada relação contratual, nada mais é do que a projeção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional.

Desse modo, resulta imperioso que o fornecedor de crédito, em nome da boa-fé objetiva, no momento pré-contratual, da execução do contrato, e nas demais fases, mesmo após essa execução, se conduza frente ao consumidor, considerando seus deveres de

⁶⁸¹ CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 338.

informação e cooperação, a fim de precaver ou sanar o peso dos excessos de endividamento.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, §1º, estabelece que será exagerada a vantagem que ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual, e se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso concreto.

Bastante ilustrativa é a imposição de juros remuneratórios acima da taxa média de mercado, o que é realidade corrente na praxis forense. Não estando adstritas à Lei de Usura (Decreto 22.626/33), comumente as Instituições financeiras e bancárias, lastreadas na Súmula 596, do STF, insistem em impor juros em patamares injustificáveis, que denotam vantagem excessiva em detrimento dos consumidores vulneráveis, sobretudo os idosos.

A propósito, não se deve perder de mira que, no mútuo bancário e na abertura de crédito, o consumidor procura Instituição Financeira em busca de crédito, e, pela sua necessidade real, adere às estipulações impostas unilateralmente, muitas das quais revestidas de absoluta abusividade, sem que lhe seja permitida a reflexão e conseqüente manifestação esclarecida.

O spread das instituições financeiras é absolutamente elevado, portanto, demasiadamente vantajoso às mesmas e excessivamente oneroso ao consumidor, sendo flagrante o desequilíbrio na relação jurídica estabelecida entre os mesmos, o qual merece ser rechaçado na esteira do art.51,IV, do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁸²

⁶⁸² Nessa senda, destaca-se o voto do Min. Eros Grau ao relatar o acórdão que julgou improcedente o pedido formulado na Adin 2.591: “Essa monumental multiplicação de moeda produzida pelos bancos sempre gera efeitos sensíveis, mas extremamente exacerbados, extremamente exacerbados quando a taxa de juros é elevada, como ocorre entre nós. Altas taxas de juros incidindo sobre uma base de depósitos inúmeras vezes multiplicada[...]vale dizer, multiplicação de moeda a taxas elevadíssimas, isso é que explica o mais do que monumental lucro dos bancos, cujos montantes, por uma notável coincidência, foram divulgados pela imprensa no dia seguinte à sessão plenária, desta Corte, na qual votou o Ministro Nelson Jobim, 22 de fevereiro passado. Um deles lucrou cinco bilhões e meio em 2.005. A circunstância de a taxa de juros ao consumidor ser muito elevada entre nós explica apenas parcialmente esse lucro que causa espanto. No anexo ao voto do Ministro Nelson Jobim lê-se que essa taxa “taxa de juros ao consumidor” [repito: “ao consumidor”!] em 2.005 era de 56,85% ao ano. Na verdade, porém, o sistema bancário, no seu conjunto, recebe muito mais do que esses 56,85% ao ano pelo crédito que concede, visto que, mercê do expediente da criação de moeda escritural, empresta mais de uma vez o mesmo dinheiro que recebeu de seus depositantes. No exemplo de que há pouco me vali, 100 recebidos em depósito a vista são transformados em 235, o que elevaria os juros percebidos pelo banco A de 56,85% a 133,59% ao ano. E, notem bem, meu exemplo é discreto, eis que em certos casos a quantidade de depósitos chega a ser multiplicada por três, o que elevaria a taxa de juros ao consumidor a mais de 170% ao ano[...] tudo quanto exceda a taxa base de juros, os percentuais que a ela são adicionados e findam por compor o spread bancário, tudo isso pode e deve ser controlado pelo Banco Central e, se o caso, pelo Poder Judiciário.[...]Por óbvio, a abusividade e a onerosidade excessiva na composição contratual dessa taxa, além de

Na esteira da melhor doutrina ⁶⁸³o art. 51, §1º, do Código de Defesa do Consumidor enuncia hipóteses de presunção de vantagem exagerada ou excessiva para ambas as situações, de modo que os conceitos “vantagem manifestamente excessiva” (art. 39,V) e “desvantagem exagerada” se equivalem. ⁶⁸⁴

outras distorções, são passíveis de revisão nos termos dos preceitos aplicáveis do Código Civil e, repito ainda, não somente em benefício do cliente pessoa física, mas também em especial das pequenas empresas, em relação às quais a dependência econômica pode estar francamente caracterizada.” Celso de Mello, no julgamento da mesma ADIN, ressaltou que a proteção ao consumidor qualifica-se como valor constitucional, entabulando que as atividades econômicas estão sujeitas à ação de fiscalização e normativa do Poder Público, pois o Estado é agente regulador da atividade negocial e tem o dever de evitar práticas abusivas por parte das instituições bancárias. Segundo ele os “agentes econômicos não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das instituições financeiras, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República.” O Min. Ricardo Lewandowsky, no julgamento dos embargos de declaração, oferecidos pela Procuradoria Geral da República na mencionada ADIN 2591, afirmou que “[...]é dever, inclusive, dos magistrados interferir nos contratos, caso a caso, quando haja abusividade, excessiva onerosidade ou outras distorções. Para isso, cumpre que os bancos e as entidades financeiras, nos exatos termos do CDC, deem a mais ampla publicidade à composição das taxas de juros e de outras tarifas que praticam.”. A propósito, o Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, em lapidar voto no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 407.097/RS, afirmou que “as instituições financeiras atuam basicamente como intermediárias, de um lado, captando dos poupadores e do outro, emprestando aos que necessitam de recursos. Não há como negar a importância do setor financeiro para o desenvolvimento de qualquer país. Contudo, algumas distorções e desvirtuamentos existentes no sistema contribuem em sentido contrário, ou seja, desestimulam os potenciais empreendedores do setor produtivo. Basta ver as agruras por que passam os micros e pequenos empresários, às voltas com os surreais encargos que oneram o financiamento de suas atividades.[...]O spread elevadíssimo, a flutuação dos juros e do câmbio garantiram os recordes de lucratividade verificados nos últimos anos[...] Não se trata de criticar o lucro em si, mas o desvirtuamento de um sistema que privilegia o capital em detrimento da produção, com a colaboração em certo momento, embora involuntária, é bom que se diga, do próprio Poder Judiciário.[...]Hoje, os bancos sentem-se muito à vontade para cobrar juros remuneratórios a taxas mensais que superam, em muitos casos, o dobro da inflação anual, sobre débitos corrigidos monetariamente, adotando, por inércia, procedimentos que lhes são altamente convenientes, vigentes na época da inflação exacerbada. Argumentam que praticam taxas de mercado. Mas que mercado? Nos Estados Unidos existem cerca de 14 mil bancos e a taxa de juros média não chega a 6% ao ano. No Brasil, em 1997, tínhamos 206 bancos, em 2002 temos aproximadamente 180, com um predomínio quase absoluto dos 10 maiores, que detinham, em 2000, 76,70% dos depósitos, caminhando para 85% nos próximos anos (fonte: Austin Asis)[...]e no passado coube ao Judiciário, diante de certas circunstâncias, dizer que os juros bancários não se sujeitavam ao limite imposto pela Lei de Usura, agora, diante de outra realidade, deve enfrentar novamente a questão para coibir os abusos que vêm sendo cometidos. E pode perfeitamente fazê-lo valendo-se das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata simplesmente de afastar a cláusula abusiva e deixar o contrato desfalcado. É o caso de restabelecer o equilíbrio do pacto com base em critérios e parâmetros os mais justos possíveis, reconhecendo que escapa à razoabilidade impor o limite anual de 12% para os juros remuneratórios, sem levar em conta os fatores que, de modo geral, inevitavelmente influenciam a economia. A busca dessa equidade recomenda que aquele limite dê lugar a outro, relacionado com as taxas de mercado, sem representar perda excessiva para o credor ou onerosidade para o devedor.”

⁶⁸³ BENJAMIN, Antonio Herman. *Manual de direito do consumidor*, 2.ed, São Paulo. Ed. RT, 2009, p.223; NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2.ed, São Paulo: Saraiva, 2006. p.522; AZEVEDO, Fernando Costa de. *Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do dialogo das fontes entre Código de defesa do Consumidor e Código Civil de 2002*. In: *Dialogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Claudia Lima Marques (coord.). São Paulo: 2012, p. 318

⁶⁸⁴ Podemos exemplificar quadro de vantagem indevida quando os bancos propõem uma renegociação ou novação salvadora da dívida, que consolida a dívida pendente baseada em encargos contrários a boa-fé (juros extorsivos, capitalização mensal, anatocismo), com a retirada dessas cláusulas abusivas, mas não os efeitos

Mas, ao contrário das situações de vantagem excessiva, as que envolvem onerosidade excessiva incidem somente na fase contratual e são provocadas por fatos supervenientes à contratação de consumo, alheias à vontade do fornecedor, que alteram a base contratual. Lembre-se da alteração da base contratual em contratos como o leasing, a partir da mudança súbita da política cambial do dólar, que gerou a desvalorização da moeda nacional em relação a moeda americana.

Perceba-se que o art. 6, V, do Código de Defesa do consumidor estabelece o direito do consumidor à revisão contratual por onerosidade excessiva. Insta perceber que, não obstante a desigualdade de forças entre consumidores e fornecedores, a alteração da base negocial pode desequilibrar de tal forma a relação contratual que também alcance o próprio fornecedor, que controle algum possui sobre as circunstâncias externas ocorrentes.

Sobre a resolução contratual por onerosidade excessiva, pela parte débil, embora não exista norma expressa no Código de Defesa do consumidor, não há dúvida quanto a sua possibilidade, frente ao diálogo entre o art. 83, desta lei principiológica e o 478, do CC/02.

Nesse particular, o Código Civil de 2002 orientou-se pela teoria da imprevisão⁶⁸⁵, por meio da qual a resolução contratual depende da demonstração de que o fato superveniente seja extraordinário e imprevisível ao tempo da celebração de um contrato de execução continuada ou diferida, de que tenha gerado excessiva onerosidade ao consumidor e extrema vantagem ao credor, desde que o devedor não esteja em mora no momento da propositura da ação.

Ressalta aos olhos que a forma como foram estabelecidos os pressupostos para a resolução contratual por onerosidade excessiva no Código Civil de 2002 (art. 478) e as condições para a revisão contratual por onerosidade excessiva (arts. 317, 479, 480,) não se coadunam com a *ratio legis* do Código de Defesa do Consumidor, que promove o direito à

abusivos já ocorridos. Nesse caso se fala numa pós-eficácia de contratos relacionais, baseada na boa-fé, a fim de que seja possível um exame judicial do conteúdo do contrato extinto, afastando-se prejuízos sem causa ao contratante mais fraco e fazer valer os deveres de cooperação, solidariedade e lealdade. Segundo a jurisprudência mesmo as cláusulas abusivas do contrato novado estão sujeitas a revisão judicial pós-eficácia, para declaração da sua nulidade absoluta, e consequente adaptação do contrato à ordem jurídica vigente, com redução da dívida e repetição de indébito do que indevidamente fora pago pelo consumidor.

⁶⁸⁵ No que diz respeito aos pressupostos de incidência da Teoria da imprevisão, são estes a imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio, bem como a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes. A imprevisibilidade exigida não se refere às condições particulares dos sujeitos envolvidos, mas ao comportamento provavelmente adequado, devendo acompanhar a ideia da probabilidade do acontecimento futuro, que ocorrerá, presentes as circunstâncias conhecidas, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis, nem mesmo certos, mas é preciso que haja notável probabilidade de que o fato, com seus elementos, atue eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o pactuado.

facilitação da defesa dos consumidores (art. 6, III), e, por consequente, sugere condições mais flexíveis para as ações revisionais ou de resolução contratuais, fugindo à razoabilidade aplicar outros pressupostos além dos referidos no seu art. 6, V.⁶⁸⁶.

Isso quer dizer que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da quebra da base objetiva do contrato, que dispensa a demonstração da natureza extraordinária e imprevisível do fato gerador da excessiva onerosidade.⁶⁸⁷ Ademais, a possibilidade de revisão ou resolução contratuais no direito do consumidor deve ser interpretada a partir da presunção de vulnerabilidade dos consumidores, isto é, do desequilíbrio intrínseco da relação de consumo (art. 4, I, CDC), o que não ocorre no direito civil, que presume (embora de modo relativo) a igualdade de condições entre os contraentes, e, que por isso, tem pressupostos mais rígidos do que o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a alteração das circunstâncias originais da base objetiva do negócio gera um dever de socialização dos efeitos negativos da alteração, ou melhor, dever de renegociação entre os parceiros contratuais, justamente para precaver a corrosão da relação de equivalência pressuposta e a função do contrato enquanto operação econômica distributiva.

Nesse encerro de onerosidade excessiva, releva a importância da cláusula geral da boa-fé objetiva, fundamento para o combate ao abuso do direito, em suas mais diversas manifestações, aptas a ensejar a rescisão ou, preferencialmente, a adequação da relação negocial, sempre que esse seja o desejo da parte débil da relação, ainda mais quando se trate de contratos cativos, de longa duração.

Jamais é demais rememorar que o escopo da cláusula geral de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III, e 51, IV) e no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187, 422) é servir de fundamento à hermenêutica dos contratos em geral, impondo deveres anexos aos contratantes, a fim de expurgar o abuso de direitos.

Especialmente no âmbito das relações de consumo, o princípio da boa-fé objetiva tem precipuamente a função de correção e de adequação contratuais, em caso de mudança das circunstâncias, permitindo que o julgador adapte e modifique o conteúdo do contrato para que

⁶⁸⁶ Esse também é o posicionamento de Fernando Costa de Azevedo (Cf. AZEVEDO, Fernando Costa de. *Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre Código de defesa do Consumidor e Código Civil de 2002*. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Cláudia Lima Marques (coord.). São Paulo: 2012, p. 327) e de Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375-376)

⁶⁸⁷ Cf. FREITAS GOMES, Luiz Roldão. *Contrato*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.163. Nesse mesmo sentido: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 385.

o vínculo permaneça, quando se tenha a quebra objetiva da base do contrato, ou imponha deveres de renegociação, em face da quebra subjetiva da base do negócio, em situações de perda de emprego pelo consumidor ou alteração da sua situação financeira econômica, em razão de divórcio ou separação judicial, por exemplo, o que não é aceito pela doutrina civilista como hipótese de revisão ou resolução contratual, já que esta considera apenas situações que alcancem a coletividade.

Seja como for, a imposição de um dever de renegociar, fundado na boa-fé objetiva, e justificado a partir da vulnerabilidade dos consumidores (art.4, I, CDC) como questão de ordem pública e interesse social (art.1, CDC) denota via para evitar a ruína econômica de muitos consumidores no mercado de consumo, sobretudo em situações de superendividamento.

A propósito, Enzo Roppo reconhece que o princípio da boa-fé possui papel fundamental no campo dos acontecimentos durante a execução contratual, pois não raro as partes contratantes lançam mão de condutas discutíveis, beneficiando-se de situações supervenientes e inesperadas. Nessas situações, o dever de renegociar pode decorrer de convenção ou mesmo ser imposto a partir do princípio da boa-fé, pela sua função integradora.

688

Perceba-se que a ciência jurídica contemporânea se vê diante do desafio de compreender os institutos jurídicos em um mundo pós-moderno, marcado pela instabilidade e fragmentação de ideias e valores, e uma multiplicidade de fontes jurídicas, materiais e formais, a regular uma pluralidade de grupos e interesses sociais que buscam, ao invés de valores compartilhados, o reconhecimento de seus próprios valores e visões de mundo.

Desse modo, as variadas fontes normativas jurídicas devem dialogar entre si, de modo a harmonizarem-se e coordenarem-se na busca de soluções mais flexíveis e abertas de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação, protagonista das situações de superendividamento.

5.6.4.2.2 Os vícios de consentimento

Ao longo do trabalho, já restou sedimentada a ideia de que as vestes do contrato contemporâneo são de um verdadeiro fenômeno social, destacando-o melhor como um

⁶⁸⁸ Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C.Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1046

contato social funcionalizado, um processo dinâmico social, que vincula as partes à adoção de comportamento transparente, leal, cooperativo, enfim, conforme a boa-fé objetiva, de modo a atuarem em vista do legítimo interesse do alter.

Para preservar a funcionalidade e as vestes axiológicas do contrato, a intervenção do Estado na formação, execução e pós-execução dos contratos será imprescindível, sobretudo através do Poder Judiciário, quando a esfera administrativa for frustrada, cabendo ao Estado Juiz o controle das cláusulas abusivas e do abuso de poder, para proteção do mais fraco, a partir do mandamento constitucional de proteção do consumidor, e do caráter indisponível, de ordem pública e fim social, das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Na análise do superendividamento, faz-se imprescindível a correlação do fenômeno às mais diversas situações em que a manifestação de vontade do consumidor do crédito não corresponde ao verdadeiro intento do agente, algumas por uma falsa percepção do próprio consumidor, sem participação do fornecedor, e, em outras, devido ao comportamento desleal ou não cooperativo do fornecedor.

Desse modo, tendo em mira o comportamento do *alter*, vamos correlacionar o superendividamento aos vícios de consentimento consistentes no erro, no dolo, na coação, na lesão e no estado de perigo, todos causas de anulabilidade contratual, justificando, de logo, o não cotejo com os vícios sociais (simulação e fraude contra credores) em razão da sua própria natureza .

O problema do endividamento excessivo não será solucionado a partir de análises individualizadas e tópicas, mas mediante uma análise global das dívidas contraídas pelo endividado. Mas considerando-se a possibilidade de múltiplas contratações eivadas dos vícios de vontade, pode-se estar diante de parceiros contratuais hipersuficientes que fazem do comportamento desleal a nota de sua atuação em prejuízo da parte débil, contribuindo pontualmente para o acúmulo indesejado das dívidas, a ceifar uma existência digna.

Nesses termos, a correlação é necessária.

Iniciando-se com a figura do erro, insta registrar que a mesma está positivada no art. 138, do Código Civil de 2002 ⁶⁸⁹, como resultado de uma substancial falsa percepção ou mesmo ausência dessa percepção sobre a pessoa, objeto ou o próprio negócio que se pratica. Ou seja, há o erro “quando o agente por desconhecimento ou falso conhecimento de circunstâncias age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira

⁶⁸⁹ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

situação”⁶⁹⁰.

O erro deve ser essencial⁶⁹¹ e real⁶⁹², não importando a sua escusabilidade⁶⁹³, em razão do princípio da confiança, pelo qual basta o agente se comportar eticamente, acreditando na sua situação fática que acobertou a sua declaração de vontade.

Em regra, nele o agente incorre sozinho em lapso sem qualquer ação de terceiro ou da parte contrária. Entretanto, deve-se investigar no caso concreto o exercício dos deveres gerais de conduta pelo fornecedor, notadamente os de informação, para se aferir a clara desincumbência do parceiro hipersuficientes.

De qualquer forma, em razão do princípio da solidariedade, se a contratação soma-se ao universo das dívidas contraídas pelo consumidor, em relação as quais está impossibilitado de cumprir, deve o Estado-Juiz intervir para, através da anulação do negócio, reduzir proporcionalmente o endividamento do consumidor, facilitando a reestruturação da sua vida financeira.

No que tange à figura do dolo, esta está prevista no art.145, do Código Civil de 2002 como o vício através do qual o agente é induzido a praticar um ato, equivocadamente, em razão de manobras astuciosas, maliciosas engendradas pelo parceiro contratual ou terceiro, sendo irrelevante a ocorrência de prejuízo efetivo ao declarante.

Se distingue doutrinariamente o dolo essencial⁶⁹⁴ e o dolo acidental⁶⁹⁵, somente permitindo a anulabilidade do negócio o primeiro, pois sua causa determinante.

Ainda fala-se em dolo positivo (comissivo) ou negativo (omissivo), que se caracteriza pelo silêncio intencional de uma das partes sobre fato ou qualidade do objeto sobre o qual repousa a declaração de vontade, conforme disposição do art. 147, do Código Civil de 2002.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, Vol.I, p. 326

⁶⁹¹ O erro é essencial quando recai sobre as circunstâncias e aspectos relevantes do negócio que se celebra, sendo a causa determinante do ato.

⁶⁹² O erro é real quando produzir um prejuízo efetivo para o declarante.

⁶⁹³ Na vigência do CC/16, o erro devia ser escusável para ser o ato passível de anulabilidade. Já no CC/02, não há mais essa exigência, em razão da adoção do princípio da confiança.(Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*.vol.4. Bahia: Editora Podium, 2013, p. 654)

⁶⁹⁴ Caracterizando-se como tal aquele que funciona como elemento necessário ou causa determinante para a realização do negócio, sem o qual esse não se realizaria.

⁶⁹⁵ Se a parte realizaria o negócio com ou sem o dolo, fala-se em dolo acidental, que, na esteira do art. 146, CC/02, não serve à anulação, obrigando a satisfação de perdas e danos, se for o caso.

⁶⁹⁶ “Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

Outrossim, distinguem-se o *dolus malus* do *dolus bonus* (ou inocente), estando apto à gerar a anulabilidade, em princípio, apenas o *dolus malus*.

Perceba-se que o *dolus bonus* é uma categoria jurídica tolerada, consistindo nas manifestações exageradas cometidas pelo vendedor, ao valorizar seu produto, em relação às quais, com um pouco de diligência podem ser dissipadas, e que não rompem a barreira ética, desde que não acompanhadas de artifícios ⁶⁹⁷.

Ocorre que na prática das relações de consumo, o que poderia ser uma malícia tolerada socialmente por parte dos fornecedores de crédito – que é o que interessa ao presente trabalho – na verdade acaba por romper a boa-fé objetiva, e, portanto a confiança depositada no *alter* da relação.

Nas contratações de crédito, sobretudo, não se pode admitir qualquer espécie de conduta do fornecedor, que a pretexto de supostamente pretender tão somente valorizar seu produto ou serviço, acabe por conduzir irresponsavelmente o consumidor a endividar-se, sem considerar o seu perfil social, econômico, educacional e familiar.

A propaganda, inclusive, tem sido o grande instrumental dos fornecedores de crédito, que acabam propondo “crédito fácil”, “barato”, “sem consulta ao SERASA ou SPC”, prevalecendo-se da fraqueza ou ignorância dos consumidores, sobretudo em razão da idade, condição social, cultura, ou outra condição que lhe prive da plena possibilidade de entender a conjuntura contratual e se determinar racional e conscientemente a partir de então. O que se observa no cotidiano da prática publicitária, não é uma questão de criatividade, mas de verdadeira persuasão desleal, ilícita mesmo, com mensagens e apelos subliminares, que violam frontalmente os preceptivos dos artigos 37, do Código de Defesa do Consumidor, e 422, do Código Civil de 2002.

Não há propaganda no mercado de consumo de crédito que alerte o consumidor para os riscos da operação, garanta o conhecimento quanto a identidade do fornecedor do crédito, o objeto e a duração da operação proposta, o número de prestações, a taxa de juros e demais encargos, e seus respectivos critérios objetivos, além do custo total do crédito, sem olvidar do alerta quanto a reflexão do consumidor.

Enfim, não se pode aceitar a figura do *dolus bonus*, quando se trate de relações de consumo em geral, e, em especial, de consumo de crédito, sobretudo diante da realidade política, econômica e social do superendividamento.

⁶⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 37ed, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 203

Nesse particular, oportunas são as considerações do professor emérito Sergio Cavalieri Filho, ao afirmar que

Transparência, em última instância, é o dever que tem o fornecedor de dar informações claras, corretas e precisas sobre o produto a ser vendido, o serviço a ser prestado, ou sobre o contrato a ser firmado - direitos, obrigações, restrições etc. Vamos encontrar esse princípio repetido em vários dispositivos do CDC - arts. 6º, III, 31, 54, § 3º. Isso está a evidenciar que nos contratos de consumo não cabe subterfúgios, o antigo *dolus bonus*. O sim deve ser sim e o não, não. Neste ponto Código do Consumidor inverteu os papéis. Antes era o consumidor que tinha que correr em busca da informação[...] Hoje, como já assinalado, os papéis se inverteram e é o fornecedor que tem o dever de informar, dever esse que persiste não só na fase pré-contratual, quando as informações são fundamentais para a decisão do consumidor, mas até na fase pós contratual, como se vê do art. 10, § 1º, do CDC. A violação desse dever de informar importa em ineficácia do contrato ou cláusula contratual - e não em nulidade que poderia ser prejudicial ao consumidor.⁶⁹⁸

Focando-se, assim, o *dolus malus*, toda vez que o fornecedor de crédito induzir o consumidor a contratar crédito irrefletidamente, contribuindo para o seu endividamento desmedido, sem preocupar-se com a efetiva situação social, familiar e econômica da parte débil, mas valendo-se mesmo da fragilidade destas realidades, terá agido contrariamente à boa-fé contratual, maculando de vício a relação jurídica, o qual poderá ser sanado forçosamente a partir da intervenção do poder público, na via judicial.

A figura da coação está prevista no art. 151, do Código Civil de 2002,⁶⁹⁹ e pode ser traduzida como toda pressão física ou moral de um dano sério a ser imposto ao contratante ou terceiro a quem se vincule afetivamente, de modo a força-lo à prática de certo negócio jurídico, contra a sua vontade interna, o que o torna o ato maculado, e, portanto, passível de anulação.

Enquanto no dolo o contratante é levado a se equivocar, por força de manobras maliciosas, na coação o agente sofre intimidação moral, psicológica⁷⁰⁰, de modo a crer que, não praticando o ato, sofrerá as consequências decorrentes da ameaça.

As condutas que caracterizam a ameaça podem ser comissivas ou omissivas, e para que realmente reste configurada a ameaça deve reunir os seguintes requisitos: ser grave, séria, iminente ou atual, ser injusto o ato ameaçado e haver nexos causal entre a coação e o ato extorquido.

⁶⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. O direito do consumidor no limiar do Século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, n° 35, São Paulo, RT, 2000, p.102

⁶⁹⁹ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

⁷⁰⁰ A coação pode ser física ou moral. Na hipótese de ser física, ou *vis absoluta*, gera a inexistência do negócio jurídico, pois não haverá qualquer vontade na vítima. Sendo moral, poderá ensejar a anulação do negócio.

De logo, percebe-se a necessidade de serem analisadas as circunstâncias subjetivas da vítima no caso concreto, tais como idade, formação intelectual, profissional, etc.

Não há dúvida de que o modelo de sociedade de abundância, difusamente imposto aos consumidores, por si, já exerce uma intimidação moral e psicológica sobre o consumidor, para que consuma cada vez mais, todo tipo de produto e serviço, e acabe recorrendo ao crédito, como algo quase fisiológico, necessário à sobrevivência social do consumidor, escravo de uma identificação artificial.

Entretanto, não é dessa estratosfera que se cuida ao abordar o vício de vontade “coação”, que exige comportamento individualizado, dirigido contra o contratante ou alguém de sua relação afetiva, consistente numa ameaça de um dano específico e sério, iminente ou atual, por uma das partes do negócio ou terceiro, interessadas, portanto, na prática do ato.

A figura da lesão está prevista no art.157, do Código Civil de 2002 ⁷⁰¹, e pode ser traduzida como “a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral,⁷⁰² concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado” ⁷⁰³.

Numa perspectiva civil-constitucional, é possível vislumbrar a lesão numa moldura, em que o projeto existencial humano é capaz de projetar valores e opções políticas. Ainda que o Código Civil de 1916 não tenha positivado o instituto, a Lei de Economia Popular 1521/51 (art. 4) e o Código de Defesa do Consumidor, já obstavam a sua prática.

Interessando ao presente estudo a lesão especial e a lesão consumerista ⁷⁰⁴, tipificadas,

⁷⁰¹ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

⁷⁰² Ana Luiza Maia Nevares entende que os contratos aleatórios poderão ser lesivos se, ao valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em cotejo com os suportados pela outra parte, havendo exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes pelo outro, beneficiado quando da celebração do negócio. (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo código civil. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 98)

⁷⁰³ Cf. BECKER, Anelise. *Teoria Geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1

⁷⁰⁴ Distinguem-se doutrinariamente as seguintes espécies de lesão: enorme ou propriamente dita (defeito objetivo consistente no excesso das vantagens e desvantagens, aferido por critério tarifado); usurária ou usura real (prevista na lei de economia popular, e que exige o estado de necessidade, a inexperiência ou a leviandade da parte que declara a vontade, o dolo de aproveitamento de quem causa a lesão, investigando-se a vontade do autor da lesão e não da vítima); especial ou lesão vício (prevista no art. 157, CC/02, a exigir conjugação de elementos objetivo e subjetivo, relacionado a premente necessidade e inexperiência, dispensando o dolo de aproveitamento) e consumerista..

respectivamente, no art. 157, Código Civil de 2002, e arts. 6,V, 39,V, 51,IV, do Código de Defesa do Consumidor, deve-se registrar que caberá ao Juiz, em cada caso concreto, analisar a ocorrência da desproporção entre as prestações, sem qualquer tarifamento prévio, para efeito de declarar a nulidade absoluta das cláusulas contratuais ou do próprio negócio jurídico, expurgando do universo de endividamento do consumidor a dívida respectiva.

É importante anotar que, conforme direciona o próprio legislador, no art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002, não será declarada a anulação do negócio por lesão quando seja oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do seu proveito exagerado, hipóteses em que será perfeitamente possível a revisão contratual com base em ocorrência da lesão, ao invés da anulabilidade do negócio. Tal revisão se coaduna com o sentimento de justiça comutativa, o princípio da conservação dos contratos, e realiza dos princípios da função social e boa-fé objetiva.⁷⁰⁵

Assim, teremos a lesão configurada em situação fática na qual se tenha, de um lado, um consumidor endividado, e aflito ante a necessidade de fazer frente às dívidas já contraídas, necessitando de mais crédito para a sua própria sobrevivência e de seu núcleo familiar, e, de outro lado, um fornecedor de crédito que, aproveitando-se da inexperiência ou debilidade técnica e da necessidade do consumidor, impõe contrato de mutuo pessoal, com encargos exorbitantes. Não é necessário o dolo de aproveitamento do fornecedor, bastando que conheça a situação de inferioridade do consumidor. O mesmo se diga para a situação de novações contratuais sucessivas, verdadeira bola de fogo na vida do consumidor.

Em hipóteses como essa, em que há a desproporção já no momento da declaração de vontade, é imperativo de ordem pública a declaração de nulidade da cláusula contratual, ou, a depender da extensão da mácula, do próprio negócio jurídico. Caso a desproporção seja superveniente, na execução do negócio, como já visto, deverá ser invocada a onerosidade excessiva, para fim de revisão.

Por fim, a figura do estado de perigo esta disciplinada no art. 156, do Código Civil de 2002,⁷⁰⁶ como a condição de necessidade de alguém que precisando salvar-se, ou a pessoa de

⁷⁰⁵ Nessa senda, confirmam-se os enunciados 149 e 291, da Jornada de Direito Civil: Enunciado 149: ‘ Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não a sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir a regras do art. 157, § 2º, do Código Civil’; Enunciado 291: “Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.”

⁷⁰⁶ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa

sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

O estado de perigo, assim, ocorre no momento em que se declara a vontade, assumindo obrigação excessivamente onerosa, por conta da necessidade de salvar a si ou a alguém com quem mantenha vínculo afetivo, de dano patrimonial ou extrapatrimonial, que atua como verdadeiro fator de desequilíbrio, limitando a liberdade de manifestação. É o caso clássico da caução prestada por exigência de clínicas ou hospitais em geral para o paciente ser atendido em estado emergencial.

Embora não haja previsão legislativa específica nesse sentido, afigura-se perfeitamente possível a possibilidade de conservar o negócio, após revisão judicial contratual, se a parte prejudicada assim o desejar, o que harmoniza-se com a visão do contrato como um verdadeiro processo social.

5.7 TENDÊNCIAS PARA A TUTELA JURÍDICA DO SUPERENDIVIDAMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O PROJETO DE LEI 238/2012.

A gestão do risco que representa o superendividamento e seus efeitos extrapola a dimensão econômica e jurídica, assumindo contornos psicossociais, e constitui um desafio regulatório em muitas sociedades que ainda não albergaram um sistema de falência, que permita a recuperação financeira do devedor, como é o caso da China, Vietnã, Turquia, México, Índia, Chile, Peru, dentre outros.

O Banco Mundial criou o grupo de trabalho para elaborar um relatório sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física, reconhecendo as suas implicações para a estabilidade financeira internacional, para o desenvolvimento econômico e acesso ao crédito. A pesquisa preliminar fora feita em 59 países, dos quais 25 países de alta renda, e 34 países de baixa e média rendas, descobrindo-se que nestes mais da metade ainda não tinham desenvolvido sistemas de insolvência para os superendividados.⁷⁰⁷

Observe-se que, embora os argentinos estejam estudando opções para os superendividados do país, e Portugal só no ano de 2012 tenha admitido legalmente essa necessidade (sem definir procedimentos), muitos países europeus, como França, Alemanha,

de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

⁷⁰⁷ Cf. LIMA, Clarissa Costa de; MARQUES, Claudia Lima. Nota sobre as conclusões do Banco Mundial em matéria de superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 89, p. 453-457, set, 2013. LIMA. E ainda: LIMA, Clarissa Costa de. *Tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 12.

Inglaterra, Bélgica, Finlândia e até o pequeno Grão-ducado de Luxemburgo e a África do Sul, entre os emergentes, já tem lei para os insolventes, pessoas físicas não profissionais, inclusive com a renegociação obrigatória determinada pelo juiz.

No Brasil, como já restou delineado, o tratamento do superendividamento ainda não logrou assento formal em texto normativo, embora expressivo fragmento da doutrina e jurisprudência esteja alinhado com a tendência de sua tutela, em circunstâncias específicas, lastreados no acervo hermenêutico axiológico contemporâneo, já aludido na primeira parte do presente trabalho.

No contexto positivado, percebe-se que o instrumento da insolvência civil disciplinada nos arts. 748 a 786, do Código de Processo Civil, pela sua própria natureza, não proporciona a prevenção ou tratamento do superendividamento, pois colima justamente a declaração do déficit patrimonial da pessoa natural, sua arrecadação e essencialmente a satisfação dos credores⁷⁰⁸, aumentando o estigma em torno da falência.

O processo de insolvência civil centra-se nos interesses dos credores, e não na recomposição econômica do devedor e sua inclusão na sociedade, sequer investigando-se ou preocupando-se com as causas do superendividamento. Perceba-se que o fenômeno social do superendividamento requer medidas que precatem essa insolvência civil do consumidor, e, conseqüentemente, o encorajem a tornar-se produtivo, permitam a manutenção da sua capacidade de consumo, da administração e disposição de seus bens, até a liquidação total de seu passivo, diversamente do que se opera na declaração de insolvência (art.763,CPC).

Outrossim, os mecanismos da recuperação e falência insertos na Lei de falência (Lei 11.101/05), não alcançam o consumidor, aplicando-se somente aos empresários e às sociedades empresárias, ante a clara definição esculpida no art. 1º, da referida Lei, em cotejo com o art. 966, caput, do Código Civil de 2002. Na consonância desse entrelace legal, a contrário senso do que está disposto no art. 966, caput, do Código Civil de 2002, não ostentam a condição de empresário, e, portanto, não estão sujeitas às suas disposições, as pessoas que não exerçam atividade econômica lucrativa organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços para o mercado, além das pessoas expressamente excluídas pelo mesmo art. 966, § único, do Código Civil de 2002, e os que exercem atividades de assistência benemerência, políticas, culturais ou religiosas.

Desde a publicação da Lei 11.101/05, já se tinha momento propício para se estender as

⁷⁰⁸ LACERDA, J.C Sampaio de. Manual de direito falimentar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.15.

possibilidades de recuperação ao cidadão comum, que, nos últimos anos, ante a facilidade do crédito, tem sido intensamente estimulado a fazer uso de cartões de crédito, financiamento imobiliário, empréstimos bancários, cheque especial, leasing de veículos, empréstimo consignado em folha de pagamento, parcelamentos longos, dentre outros, lançando-se, ou sendo lançado no ermo do superendividamento.

A realidade evidencia que a pessoa física superendividada, após tentativas fracassadas de parcelamento, diminuição ou perdão de cobranças grandiosas de juros, junto aos seus credores/fornecedores, muitas vezes acaba tendo como única opção pedir a declaração da sua insolvência civil, nos termos do art.753, do CPC, já que ainda não existe para o indivíduo comum um instrumento jurídico tal como a recuperação judicial criada para as empresas.

Mas o processo judicial da declaração de insolvência é desvantajoso para a pessoa física consumidora de boa-fé, não apenas pela sua delonga, como também em razão do vencimento antecipado de suas dívidas e pela arrecadação de todos os seus bens presentes e futuros, o que lhe retira a possibilidade de recomeçar dignamente, sem carregar consigo a pecha de ser um peso morto para a sociedade e para a economia, não servindo à gerar empregos, incrementar a arrecadação, ou produzir riqueza.

Por isso, embora não tenha sido a opção do legislador ordinário positivar o procedimento de recuperação civil para o consumidor, com supedâneo na diretriz axiológica do art. 170, da Constituição Federal de 1988, é defensável a interpretação extensiva da Lei 11.101/05 às pessoas físicas consumidoras superendividadas.⁷⁰⁹

Argumente-se que a recuperação dos empresários e sociedades empresariais está intimamente relacionada com a capacidade creditícia dos consumidores, na medida em que a manutenção e recuperação do crédito do consumidor superendividado estabiliza a sua capacidade de adimplemento, garante a livre iniciativa e a livre concorrência, além de manter a fonte produtora de empregos e das atividades empresariais.

Nessa ambiência de receptividade, a Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei 1922/2011, que pretende criar um processo de recuperação judicial para os devedores pessoas físicas, nos mesmos moldes da Lei de Falências, possibilitando que o devedor possa requerer plano de recuperação judicial, antes da declaração de insolvência, pagando periodicamente parcelas das dívidas, até que todas as obrigações estejam satisfeitas. Para tanto, caberá ao devedor propor em juízo um plano de recuperação com descrição detalhada dos seus bens e

⁷⁰⁹ Nesse sentido, PANDORI, Brunno. *O Superendividamento do Consumidor como Hipótese de revisão dos Contratos de Crédito*. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 82.

meios de pagamento das dívidas.⁷¹⁰

Entretanto, também tramita no Senado Federal, com destaque, o Projeto de Lei 283/2012, apresentado por comissão de juristas instituída pela Presidência do Senado Federal, em 2011, após amplo debate com a sociedade, para prevenir o superendividamento da pessoa física de boa-fé, disciplinar a concessão do crédito ao consumidor, promovendo o seu acesso ao crédito responsável e à educação financeira, dando-lhe um tratamento diferenciado, a fim de que possa saldar suas dívidas e recuperar uma vida economia-financeira saudável, sem a pecha propriamente de falido.

O projeto abriu uma janela de oportunidade para atualização do Código de Defesa do Consumidor, e foi inspirado na legislação francesa, e reflete uma linha humanista e inclusiva do sujeito que se superendividou, atendendo ao anseio da sociedade jurídica, e de milhares de brasileiros superendividados, que pretendem uma chance de viver melhor, de modo mais digno, numa impositiva sociedade do consumo.

Já no descortino do projeto (art. 4, IX), fica clara a consciência quanto a importância do fenômeno e a opção pela sua prevenção, ao estabelecer-se como princípio afeito à política nacional das relações de consumo o fomento e o desenvolvimento de ações visando a educação financeira e ambiental dos consumidores, incentivando a inclusão do tema em currículos escolares, o que, por óbvio, envolve várias ações do Estado.

Para a efetivação dessa política nacional das relações de consumo, estão previstos como instrumentos a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e proteção do consumidor pessoa física (art. 5, VI), com a instituição, inclusive, de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos do fenômeno (art. 5, VIII), colimando, sobretudo, precitar ou sanar a exclusão social, garantir a dignidade humana e o mínimo existencial.(art. 5º, VI , art. 6, XI, XII, art. 54-A, caput).

Valorando a prevenção do fenômeno, o projeto estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável (art. 6, XI), através de medidas preventivas ou curativas, resultantes de revisões ou repactuação das dívidas, administrativas ou judiciais.

De outra banda, o projeto alinhando-se com o paradigma norte americano de maior transparência ou *disclosure*, reforça o princípio basilar da informação para as contratações de

⁷¹⁰ POMPEU, Carolina. Agência Câmara notícias. Brasília. Câmara dos Deputados. 22 dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/207346-PESSOA-FISICA-PODERA-TER-BENEFICIO-SEMELHANTE-AO-DA-LEI-DE-FALENCIAS.html>> Acesso em: 14 jun. 2014.

crédito e à prazo, estabelecendo a obrigação do fornecedor de deixar o consumidor absolutamente consciente quanto as particularidades do conteúdo contratual, e, em especial, os encargos que deverá suportar, e o custo efetivo total das operações. (art. 54-B, I, II, III, IV, V, §1º, §2º, §3º).

Perceba-se que, dessa forma, o Projeto de Lei, em relação às pessoas físicas superendividadas, acaba por reconhecer que há uma falha de mercado, consistente na assimetria de informação, quando estabelece medidas de aconselhamento, justamente para preservar a racionalidade e atenuar a influência de fatores externos sobre a mesma.

Outrossim, nota-se que, positivando a noção de “mínimo existencial”, estabelece a reserva de 30 % sobre a remuneração do endividado, para desconto em folha de pagamento, com vistas à subsistência digna, excepcionada a situação de débito em conta de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única. Uma vez descumprido o limite existencial, caberá dilação do prazo de pagamento, redução dos encargos e da remuneração do devedor, consolidação, constituição ou substituição de garantias (art. 54-D, §1º e §2º).

Importante inovação é a que se refere ao direito de arrependimento ou de reflexão, que permite ao consumidor desistir do negócio, sem ônus para si, no prazo de 7 dias, o que implicará na resolução do contrato acessório de crédito (art. 54, §3º).

Observa-se que essa previsão restringe-se a forma de pagamento consignação em pagamento somente, sendo necessário que o legislador venha a definir o valor ou percentual que o cidadão teria que ter para garantir o seu mínimo existencial em situações diversas.

Importante destaque foi dado à oferta e publicidade abusiva, sabidamente a grande vilã da história do superendividamento (art. 37, §2º, I e II), e que tem capturado para a sua rede as vítimas mais frágeis e suscetíveis, a exemplo das crianças e dos idosos.

Assim, no projeto, fulmina-se o “assédio ao consumo”, considerando-se abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais (consumo sustentável), ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança, referindo-se, ainda como tal aquela publicidade que contenha apelo imperativo ao consumo, ou estimule comportamento socialmente reprovável.

Quanto ao consumo sustentável e ao ecomarketing, objeto de inúmeras sugestões do

Professor Marcelo Sodré, da PUC/SP, sua inserção encontra lastro na Resolução 39/248, de 09.05.1985 das Nações Unidas, atualizada em 1999, voltada à inclusão destes parâmetros de consumo sustentável como modelo legislativo para o mundo.

Na oferta publicitária também veda-se distinção de preço a vista e à prazo, assim como a referencia a créditos sem ônus ao consumidor, ante a enganosidade do comportamento. (art. 54-B, §4º, I a IV). Veda-se, ademais, a indicação de uma operação de crédito sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou avaliação de situação cadastral, e, por fim, ocultar os verdadeiros riscos da contratação do crédito.

Mais uma vez, pretendendo reforçar a funcionalidade, socialização e eticidade dos contratos na pós-modernidade, traz o projeto a previsão dos princípios da boa-fé, função social do crédito e respeito a dignidade.(art. 54-A).

Na linha da concessão responsável e leal do crédito, e primando pelo dever de cooperação, previamente à contratação, deve o fornecedor e o intermediário do crédito avaliar as condições econômico-financeiras do consumidor, mediante documentação necessária e consulta a bancos de dados, ponderar, esclarecer, aconselhar e advertir o consumidor quanto aos riscos do inadimplemento (art. 54-C).

Diante da abusividade da conduta do fornecedor, surgem como medidas adotáveis a inexigibilidade ou redução dos juros ou mesmo a indenização por perdas e danos. (art. 54-C, § 2º).

Diante das relações conexas entre o fornecimento do produto ou serviço principal e o fornecimento acessório do crédito, o projeto reforça a responsabilidade solidária, já estabelecida no art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor. (art.54-E).

Estabelece como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que de alguma forma não valorizem a declaração de vontade do consumidor, o que se coaduna com a nova autonomia privada e o novo perfil do contrato contemporâneo. (art. 54-G).

Outrossim, positiva o processo de repactuação de dívidas em relação ao superendividado, definido como o consumidor pessoa física e de boa-fé.(Art.104-A, §1º)

Albergando somente as dívidas não profissionais (Art. 104-A, §2º), exclui as dívidas de caráter alimentar, fiscais, parafiscais, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o proposito de realizar o pagamento. Estabelece, ademais, que, a requerimento do consumidor, pessoa física superendividada, poderá ser instaurado pelo Poder Judiciário processo de repactuação de dívidas, através de audiência conciliatória, em que se façam presentes todos os

credores (ou seus procuradores com poderes especiais) e o consumidor, que apresentará proposta de plano de pagamento voluntário, com prazo máximo de 5 anos, preservado o mínimo existencial (art. 104-A).

A inclusão dessa fase judicial no tratamento do superendividamento reconhece as limitações da fase conciliatória, especialmente quando os credores não estejam interessados em conceder maior prazo para o pagamento das dívidas ou descontos que se adequem realmente ao orçamento do devedor, sobretudo quando o reembolso aos credores se esbarra nas despesas de subsistência.

Do plano de pagamento voluntário constará referência quanto a suspensão ou extinção das ações judiciais em curso, exclusão do nome do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes, condicionamento dos efeitos a comportamento do consumidor que importem no agravamento de sua situação (art. 104-A, §5º).

Exitosa a conciliação e homologado o plano, somente após dois anos da liquidação das obrigações previstas no mesmo será possível ao consumidor repetir o pedido.

Inexitosa a conciliação, a pedido do consumidor, o juiz procederá a citação de todos os credores, instaurando o processo de superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes através de um plano judicial compulsório, que poderá ser formulado por um administrador nomeado pelo Juiz, à guisa de todas as informações pessoais, financeiras e patrimoniais do consumidor.

Por fim, estabelece a competência das entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previstas no art. 82, do CDC para o procedimento preventivo do superendividado. Assim, possuindo atribuição para receber as reclamações individuais, o órgão poderá promover audiência conciliatória administrativa, facilitar a elaboração de um plano de pagamento (preservado o mínimo existencial) sob a sua supervisão, e nos mesmos moldes materiais do plano judicial, sem prejuízo de outras atividades de reeducação financeira. Nos termos do projeto, cabe a qualquer dos órgãos referidos requerer prazo extra da moratória para o cumprimento do plano de pagamento.

Enfim, todo esse plexo inovatório denota que o projeto de lei representa um avanço civilizatório na prevenção da cólera social do superendividamento, pois, inegavelmente, a positivação representa a consciência e sensibilidade não só do Estado, mas da comunidade jurídica do país.

Entretanto, não se pode dar vazão à timidez nesse momento legislativo tão importante.

A disposição de um único artigo dedicado ao tratamento do superendividamento não encontra justificativa plausível diante de todo o escândalo ao longo do trabalho.

Perceba-se que medidas como o perdão, parcial ou total, não podem ficar de fora da mão legiferante, pois múltiplas vezes é imprescindível à reabilitação do superendividado, e nitidamente compatível com a socialidade de que se reveste o Direito do Consumidor, quando impossível o reembolso das dívidas por consumidores sem bens e rendas, os chamados NINAS (*no income, no assets*).⁷¹¹

Nessa senda, Clarissa Costa de Lima propõe um modelo de falência adaptado à realidade brasileira, considerando a heterogeneidade dos consumidores, que permita combinar o plano de pagamento com o perdão das dívidas, no mesmo procedimento, apresentando mecanismos que visem afastar os perigos do estímulo ao empréstimo irresponsável ou do incentivo ao não pagamento das dívidas. A medida extrema do perdão poderia estar associada ao cumprimento de deveres (frequência a cursos de educação financeira, apresentação de relatórios, dever de diligenciar renda, etc.), assumindo, desse modo, um papel social, que preceite a marginalidade e exclusão social do devedor de boa-fé não possuidor de bens e renda.⁷¹²

O perdão das dívidas, além de possuir um fundamento humanitário, traz benefícios sociais e econômicos significativos para a sociedade, pois o devedor liberto das dívidas pode efetivamente se tornar um membro produtivo para a riqueza comum, além do que permite-se a reabilitação financeira da família como uma unidade econômica, que produz renda e realiza gastos de consumo.

Ademais, devem ser protegidos de lege ferenda tanto os superendividados passivos quanto os ativos inconscientes, desde que percebida a boa-fé dos mesmos.

Deve-se, também, estar atento à duração dos planos, para que seja efetivamente possível o cumprimento dos planos de pagamento.

Rejeitando-se qualquer preconceito ou indiferença social e jurídica frente ao superendividamento, colhe-se no projeto de lei 283/2012 uma oportunidade de não apenas

⁷¹¹ A respeito do consumidor NINA, Antonio Herman Benjamin observou que, especialmente em países menos desenvolvidos, com populações heterogêneas, como é o caso do Brasil, deve-se levar em consideração tais diferenças, para que não se tenha um Direito do Consumidor dos “presentes”, que ignora os “ausentes”, aqueles que por razões diversas não tem vez ou voz no processo legislativo e no processo judicial, pois o Direito do Consumidor deve albergar todos os consumidores, abastados ou pobres, informados ou desinformados. (BENJAMIN, Antonio Herman. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. Revista do Consumidor. v.8, p. 37-38. São Paulo: RT, out./dez, 1993).

⁷¹² Cf. LIMA, Clarissa Costa. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: RT, 2014, p. 60-61, 168-172.

prevenir, mas tratar o superendividamento, solvendo uma ferida na vida social do superendividado com a intervenção pública.

À guisa de remate, jamais é demais lembrar que o fenômeno social em destaque é responsável pelo encolhimento financeiro e psicossocial de uma parcela significativa de endividados, que colimam saldar seus débitos, com dignidade, e, por isso, são notoriamente merecedores de uma particular solidariedade, e significativa dosagem de humanidade, pois essa é a diretriz política que a República Federativa do Brasil escolheu para iluminar seus caminhos e seu povo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida acontece e se transforma a cada dia, no tempo e no espaço, desvelando novas experiências, realidades e necessidades, a moldar os comportamentos daqueles que vivem e convivem em sociedade, e evidenciar que as fórmulas e respostas pensadas num claustro momentâneo pretérito acabam por se defasar, demandando, por conseguinte, desconstruções e reconstruções ideológicas, sobretudo no campo da hermenêutica e da epistemologia, para atender à dinâmica complexa de um Direito constantemente em processo de ebulição.

O superendividamento é um desses fenômenos sociais que surgem como algo novo no curso de uma ordem jurídica não contemplativa das novas circunstâncias, despertando a atenção da comunidade jurídica e dos poderes públicos para os seus reflexos na economia, na vida social e familiar dos endividados, e lançando na ordem do dia a necessidade do seu enfrentamento, através de atuações preventivas e curativas, nas vertentes legislativa, administrativa e judicial.

O fenômeno não tem fronteira, nem respeita identidade nacional, alcançando países subdesenvolvidos, como a África do Sul, Chile, Argentina, dentre outros, e desenvolvidos, como a França, Finlândia, Bélgica, Alemanha, Áustria, Dinamarca, Suécia, Holanda, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos, além de outros, que, em algum momento de suas histórias, respeitadas as peculiaridades culturais, vivenciaram uma extrema democratização do crédito, natural a qualquer processo de desenvolvimento econômico, mas, concomitantemente, impositiva de um modelo artificial de felicidade material, imediata e líquida, verdadeiro caminho do consumo irracional, e, conseqüentemente, do endividamento extremo.

No Brasil, a democratização do crédito, disparada desde meados da década de 90, e o hiperconsumo decorrente, fortaleceram a sociedade da abundância, dando aos detentores do poder econômico a ambiência favorável aos abusos comportamentais, e a uma expressiva parcela de consumidores a triste condição de superendividados.

Mesmo nas hipóteses de endividamento excessivo oriundo de força maior social, o superendividamento está relacionado ao problema de políticas públicas e redistribuição, e o seu enfrentamento passa pelo respeito da alteridade, e, conseqüentemente, uma postura de cooperação dinâmica entre os protagonistas contratuais.

Embora se deva primar pela prevenção do excesso de endividamento e agravamento das dificuldades, diante da efetiva ocorrência do superendividamento, e, portanto, do fracasso

das medidas preventivas, a intervenção pública, administrativa ou judicial, passa a traduzir uma legítima expectativa do endividado, na busca da reestruturação de suas dívidas, e a própria concreção dos direitos fundamentais do consumidor.

Seja através de mediação voluntária, acordos realizados sob a égide de autoridades do âmbito administrativo, ou através de processos judiciais, que ora se aproximem do “*fresh start*”, próprio dos países do *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá , Austrália) , ora se baseiem na filosofia da “reeducação”, preferida nos regimes de tradição civil *law* (França, Bélgica, etc.) é possível e urgente o tratamento do superendividamento, como exercício da solidariedade, e realização do objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

O próprio ordenamento jurídico pátrio viabiliza instrumentais hermenêuticos eficazes, que respeitam as diferenças e realizam a justiça, a partir de um constitucionalismo contemporâneo, que encontra nos princípios constitucionais, instrumentais e materiais, o caminho às soluções mais justas e adequadas das demandas e fenômenos sociais.

Em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana orienta essa adequada interpretação e aplicação dos demais princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, a fim de que o intérprete escolha a opção hermenêutica que melhor tutele a existência digna no caso concreto, permitindo, portanto, a reconstrução semântica do modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

Outrossim, a positivação de um sistema de falência para pessoas físicas consumidoras se faz urgente como reconhecimento de que o acúmulo de dívidas e dificuldades financeiras não são atribuíveis somente ao devedor, mas representam um risco inerente nas sociedades que promovem o consumo e incentivam o crédito, e, que por isso mesmo, em razão da repercussão dessas atividades, devem acolher a repartição do ônus inerente ao superendividamento das partes débeis da relação jurídica, em prol de sua dignidade.

Dessa forma, a adoção de um sistema de falência, adequado à realidade do país, insere-se numa linha humanista e inclusiva, e denota o acatamento de que o fenômeno do superendividamento efetivamente transborda o claustro meramente privado, espargindo efeitos em toda a sociedade, e que sua prevenção e tratamento é essencial ao desenvolvimento sustentável da economia e à proteção dos consumidores, que, conseqüentemente, tem uma oportunidade de recomeçar, de reescrever sua história, sem o estigma da falha pessoal.

Portanto, medidas que promovam o acesso ao crédito responsável, à educação

financeira do consumidor, refutem o assédio de consumo, imponham deveres mais precisos correlatos à informação continuada, resguardem o mínimo existencial, e permitam a renegociação de dívidas, dentre outras, seguem o rastro da funcionalização dos contratos e da busca de uma sociedade mais igual.

É sempre adequado rememorar que a reabilitação financeira e social do consumidor pode revigorar o seu potencial produtivo, eliminar necessidade de benefícios sociais, eliminar despesas com tratamento de doenças relacionadas aos problemas financeiros, enfim, movimentar a economia com atividades empreendedoras, que gerem todo tipo de benefícios à sociedade.

Assim, à guisa de remate, em face de todo o escandido ao longo do trabalho, pode-se afirmar que, por qualquer frecha de luz mirada, a nau jurídica da tutela do superendividamento não está à deriva. Ao contrário, os equipamentos normativos e axiológicos de direção estão dispostos com clareza, indicando o porto seguro em que deverá ancorar. Os ventos dos precedentes jurisprudenciais e doutrinários nacionais, e os legais do direito estrangeiro, sopram a favor do reconhecimento e tratamento do fenômeno. Há previsão de tempo ensolarado para a concretização dos ideais de uma sociedade livre, justa e solidária, embora ainda possam ocorrer algumas pancadas de chuva, próprias das discussões jurídicas. No porto de chegada, os consumidores e uma gama de operadores jurídicos aguardam ansiosos pela legalização das medidas de prevenção e tratamento do fenômeno social, econômico e jurídico, sem timidez, pois é tempo de exercitar a ousadia espartana, própria de quem carrega consigo a espada da justiça, sem os olhos vendados à desigualdade material.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 37ªed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: MENEZES CORDEIRO, Antonio; VASCONCELOS, Pedro Pais de; COSTA E SILVA, Paula. (coord.). *Estudos em honra ao professor Doutor Jose de Oliveira Ascenção*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 481-511.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. As condições abusivas na concessão de crédito bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n 40, p. 35-45, out/dez, 2001.

ARENT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, Pensar*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 33, p. 123-129, jan./mar, 2000.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do dialogo das fontes entre Código de defesa do Consumidor e Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Dialogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: 2012, 307-352.

BADER, Fani Léa Cymrot; TAKEDA, Tony. *Consignação em folha de pagamento – fatores da impulsão ao crédito*. In: *Relatório de economia bancária e crédito*. Departamento de estudos e pesquisas – DEPEP. Banco Central do Brasil, 2005, Disponível em: <www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf>. Acesso em 13.05.2014

BALKIN, Jack M.. *Deconstructive Practice and Legal Theory* (1987). 96 Yale L. J. 743. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconstructivepractice.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema de pagamentos brasileiros*. Departamento de operações bancárias e de sistema de pagamentos. Set. 2009. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/spb-textocompleto-pdf.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. *Relatório de economia bancária e crédito de 2012, do Banco Central do Brasil*. Disponível em: www.bcb.gov.br. Acesso em: 17 jun. 2014

BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARCELONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Napoli: Jovene, 1995.

BARCELLOS, Gustavo. *A alma do consumo*. Le Monde Diplomatique Brasil. Edição 17, dez, 2008. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=291>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, André Borges de Carvalho. A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou da resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 315-330.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas: responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006. Vol.5, p.359-369.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. In: BARROSO, Luis Roberto (coord.). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. Renovar, 2008, p. 1-48

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2012

BATTELLO, Silvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-229.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008

_____. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. n.12, out-dez. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Teoria Geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 9, n.1, p. 60-77, nov., 1993.

BENENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BENJAMIN, Antônio Herman. *A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina*. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2014.

_____. *Manual de direito do consumidor*, 2.ed, São Paulo. Ed. RT, 2009

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Bancos de dados e superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, abril-jun, 2004, p. 36-57.

_____. *Superendividamento e dever de renegociação*. Dissertação (mestrado em direito) - UFRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito. Porto Alegre. 2006

_____. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 71, jul./set. 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. Impressões atuais sobre o superendividamento: sobre a 7ª Conferência Internacional de Serviços Financeiros e reflexões

para a situação brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.65, p.144-162, jan. 2008.

_____. *Abrangência da disciplina conferida pelo código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1998.

BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2011

_____. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.64, p. 166-202, out/dez, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFATI, Cristiane. Endividamento das famílias cresceu 7,5% em 2013, aponta CNC. *Jornal O Globo*. 09 jan 2014 <www.oglobo.globo.com/economia/endividamento-das-familias-cresceu-7,5-aponta-cnc-11252713>. Acesso em: 15 jun. 2014

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 19-40.

_____. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio(coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 171-188.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise econômica do direito*. São Paulo: Elsevier, 2008

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

_____. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 205-220.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.295-310.

CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 61, p.76-89, jan./mar, 2007.

_____. Abuso de direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In : TEPEDINO, Gustavo (org) . *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 401-420.

CARPENA, Heloisa CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n.55, jul/set, 2005, p. 120-148.

CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (org.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria do contrato*. São Paulo: RT, 2007, p.529-558.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006, p 61-110.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. v1. Coimbra: Centelha, 1981.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

_____. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar, 2000, p. 130-142.

_____. A responsabilidade civil das casas bancárias no fornecimento inadequado do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 117-122, abr./jun. 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpabilidade na responsabilidade contratual*. São Paulo. RT, 2013

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

_____. O direito do consumidor no limiar do Século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 35, p. 97-108, jul./set, 2000.

CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 131-164, julho./set, 2007.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998.

CNC. *Pesquisa Nacional de endividamento e inadimplência do consumidor*. Fev.2014. Disponível em:<<http://www.cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/pesquisa-nacional-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumido-32> Acesso em: 10 maio 2014

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

_____. *Curso de direito comercial*. v. 1º. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 67, p. 214-243, abr.-jun. 2009.

COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. *Parecer INT/593*. Publicidade – jovens e crianças. Relator Jorge Pegado Liz. Bruxelas, 18.09.2012, p.7

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Da modernização do direito civil*. Vol.I, Coimbra: Almedina, 2004.

CORTIANO, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de*

- Reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 43, p. 259-260, jul/set, 2002.
- _____. Superendividamento. *A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: RT, 2002.
- COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- _____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n.25, p. 229-282, jul/dez, 2003.
- _____. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. Judith Martins Costa e Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2008
- COUTO E SILVA, Clovis. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In : FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org) . *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 33-58.
- CUNHA JR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Bahia: Podium , 2012.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor: teoria geral da relação de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- DAVIS, Melinda. *A nova cultura do desejo*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *Laws Empire*, London, Fontana, 1986.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Podium. 2012
- DUQUE, Marcelo Schenck, A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 71, p. 142-167, jul-set, 2009.
- EFING, Antonio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de*

Direito Constitucional e Ciências Políticas, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 75-86, jul./set. 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.37-76.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003

_____. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____.Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MALGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.101-119.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral*. 11ª ed. Bahia: Editora Podium, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil*. Vol.4. Bahia: Editora Podium, 2013

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Contratos bancários em juízo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEYERABEN, Paul K. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIUZA, Cezar. *Direito Civil: Curso Completo*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n16, p. 177/189, jan./jun,1999.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

- FRADA, Manoel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento: a outra face do crédito. In: *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FREITAS GOMES, Luiz Roldão. *Contrato*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 3.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência*. 7.ed. Niterói: Impetus, 2011
- GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n 71, São Paulo: RT, 2009, jul-set, p. 34-64.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil la formation du contrat* Paris LGDJ, 1993.
- GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- GRUNDMANN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, abr./jun, 2006, p. 275-303,
- GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Direitos Fundamentais e Relações Desiguais nos Contratos Bancários*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.
- HABERLE, Peter. *The constitutional state and its reform requirements*. *Ratio juris*. Oxford: Blackwell, v.13, n 1, 2000.
- HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre factibilidade e validade*. V.1, 2ª ed. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Conhecimento e Interesse - com um novo posfácio*. Introdução e Tradução de José N. Heck. Revisão de Texto de Gustavo Bayjer. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1991.

_____. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações: o caráter de permanência de seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 51-68

_____. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas na responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, vol. 31, p. 54/55, jan./jun. 2007.

_____. Função social do contrato. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 630, p.247-249, abril, 1988

_____. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais..* São Paulo: Método, 2008, p. 41-80.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Kluwer, Haia, 1995, II.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense, p. 548-560, abr./jun, 1941.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro; Renovar, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações*. Fundamentos de uma teoria do direito baseado na pessoa. Tradução Fernando Bronze. Coimbra: Policopiada, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo: 2012.

KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento, estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 66-104.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Coleção debates dirigida por J. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LACERDA, J.C Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1956.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et al. *O endividamento dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000

LIMA, Clarissa Costa de. *Empréstimo Responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento*. 2006. Dissertação (mestrado em direito) - UFRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito. Porto Alegre. 2006

_____. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014.

_____. Juros remuneratórios não informados não obrigam o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 66, p. 347- 352, abril/junho, 2008.

_____. Crédito responsável e superendividamento. Suspensão do desconto de empréstimo consignado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, p. 301-310, out/dez, 2007.

_____. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria do contrato*. São Paulo: RT, 2007, p. 504-528.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de; MARQUES, Claudia Lima. Nota sobre as conclusões do Banco Mundial em matéria de superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 89, p. 453-457, set, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 36, n 141, p. 99-109, jan./mar, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidor e sistema financeiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n.22, p. 87-101, abr./jun. 1997.

_____. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.

São Paulo: RT, n.41, p. 140-150, jan./mar, 2002.

_____.Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.17, p. 57-64, jan./mar. 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____.Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, n.25, jan / mar, 1998, p. 19-38.

_____.Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

_____.Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de direito ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.55, p. 11-52, jul / set, 2005.

_____.O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito : um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 17-66.

_____.A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, p.17-86.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ministério da Justiça. Caderno de investigações científicas. Brasília: Secretaria de direito econômico. Departamento de defesa e proteção do consumidor, v. 01, 2010.

MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed RT, 2000.

_____.*Comentários ao novo código civil : do direito das obrigações – do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense , 2005, v5, t.1

_____.Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith(org) . *A reconstrução do Direito Privado : reflexo*

dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 609-630.

_____. A boa-fé e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, n.25, 2º semestre, Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro, p. 229-281, 2003.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 77-96

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATEO JÚNIOR, Ramon. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v.61, p.76-89, jan./mar. 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

MERLEAU PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3ª edição, Martins Fontes, São Paulo 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMIDFA9BD9F7996C4CFC805E47479C44C8DCPTBRNN.htm>>. Acesso em: 15 maio 2014

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In :Claudia Lima Marques (coord.). *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p.67-110.

_____. *Direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T.IV, Coimbra: Almedina, 1998.

MIRANDOLA, Pico della. Trad. Luiz Feracine. *A dignidade do homem*. São Paulo: GRD, 1988.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.01.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 111-144.

_____. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

_____. A causa dos contratos. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.21, jan-mar, 2006.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Contratos de crédito ao consumo*. Coimbra: Almedina, 2007.

MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.) *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-254.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 113-124.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994

_____. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. In: *Revista dos Tribunais*, n. 761, p. 31-44. 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da Republica Portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*, Forense, São

Paulo, 2010.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 168-176, jul./set, 2005.

OLIVEIRA, Adriana Fileto Couto e Silva de; BAHIA, Marcos Tofani Baer. As práticas abusivas dos financiamentos ditos sem juros e o valor do dinheiro no tempo: um diálogo entre as ciências do direito e da matemática financeira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, p. 34-49, jul./set. 2008.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendividamiento de los consumidores em derecho francés. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n42, p.9-26, abr./ jun, 2002.

PANDORI, Bruno. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 66-100, out./dez. 2009.

PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*. Padova : Cedam, 1953,

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de Direito Civil*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vo. I, 2004

PEREIRA, Wellerson Miranda. *Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado*. In: Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Ricco. Rio de Janeiro : Renovar, 2008

_____. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEZZELLA, M. C. C. A boa-fé no direito o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Juris Síntese Millennium*, Porto Alegre, p. 13, jul./ago, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.311-344.

PRADO, Alessandro Martins. A proteção do consumidor superendividado. *Revista Interativa*.

Jales: Empório da Arte, ano I, nº 01, p. 14, abril, 2006.

RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de créditos e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 231-258, jul./set. 2007.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 281-314.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n.4, 1999, p. 23-48.

ROHRMANN, Carlos Alberto; CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. Biometrical Data, *Electronic Voting Machines and the Right to Vote*. In: KIERKEGAARD, Sylvia (Ed). *Business and Law: Theory and Practice*, IAITL: Long Island New York, 2008

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C.Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 81-112.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 302-332.

SANDEL, Michael J. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. 12ª ed: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDULLI, Aldo. *La proporzionalità del'azione amministrativa*. Milano: Cedam, 1998

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós modernidade*. 13ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

_____. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em < www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html >. Acesso em: 13 maio 2014.

_____.Um Discurso sobre as Ciências, 6ªed, São Paulo: Cortez, 2006

SANTOS JUNIOR, Eduardo. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____.*Curso de direito constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____.Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n 61, p. 90-125, jan/mar. 2007.

_____.Neoconstitucionalismo e influência dos direito fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 13-36.

_____.Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MAELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____.SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*. Brasília, v.77, n.4, out/dez, 2001, p. 60-101.

_____.SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

SASSE, Cintia. As armadilhas do crédito consignado. *Jornal do Senado*. Disponível em: <www.senadofederal.gov.br/jornal/edições/2013/09/03>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Inesperados, “acidentes da vida” levam à insolvência. *Jornal do Senado*. 20 agosto 2013. Disponível em: < www.senadofederal.gov.br/jornal/edições /2013/08/20>. Acesso em: 17 maio 2014

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas:2013

- _____. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- _____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n22, p.45-70, abr./jun. 2005.
- SHARP JR., Ronald. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- SILVA, Caio Mario da. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- SILVA, Clovis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção a reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.
- SILVA, Fernanda. *Banco Central defende redução de crédito rotativo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1158692-banco-central-defende-reducao-do-credito-rotativo.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2014.
- SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico*. São Paulo. Editora Atlas. 2011.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129-149.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Bahia: Editora Podium, 2008.
- _____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285-326.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Tomo I. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flavio. A teoria geral dos contratos de adesão no código civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p.205-232.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 01-23.

_____.As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Cadernos da Pós-graduação. Faculdade de Direito- UERJ*. Programa de Pós-graduação. Ano IV, n.5, agosto, 1998, p. 172-189.

_____.Editorial: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22. Rio de Janeiro: Padma , 2005.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, vol. II.

Uso do dinheiro de plástico ganhou força a partir de 1950. *Jornal do Senado: Especial cidadania*, n. 303. Brasília. 4 maio 2010. Disponível em:< www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/.../100504_303>. Acesso em 15 jun.2014

USTARROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2010, p. 233-277.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1990.

WOOD JUNIOR, Thomaz . Analfabetismo funcional. *Carta Capital*. 24 jul 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/758/analfabetismo-funcional-6202.html>> Consulta em: 15mar 2014.