



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

VICENTE DA CUNHA PASSOS JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
SOLIDARIEDADE PARA A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE
SUPERENDIVIDAMENTO**

Salvador
2018

VICENTE DA CUNHA PASSOS JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
SOLIDARIEDADE PARA A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE
SUPERENDIVIDAMENTO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da
Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de
Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador
2018

Passos Junior, Vicente da Cunha
A possibilidade de aplicação do princípio da solidariedade para a
ampliação do conceito de superendividamento / por Vicente da Cunha
Passos Júnior. – 2018.
214 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, 2017.

1. Tutela Jurídica. 2. Direito Civil. 3. Superendividamento. I. Borges,
Roxana Cardoso Brasileiro. II. Universidade Federal da Bahia. III.
Título.

CDU: 347.163 (81)

VICENTE DA CUNHA PASSOS JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
SOLIDARIEDADE PARA A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE
SUPERENDIVIDAMENTO**

Tese submetida à aprovação como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Aprovada em 19 de fevereiro de 2018.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges – Orientadora _____
Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC de São Paulo
Professora da Universidade Federal da Bahia

João Glicério de Oliveira Filho _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia

Maurício Requião de Sant'ana _____
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal da Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia

Laurício Alves Carvalho Pedrosa _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professor da Universidade Estadual de Santa Cruz/Ilhéus

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco
Professor da Universidade Federal de Alagoas

À minha esposa Letícia que me deu um novo sentido de felicidade. Aos meus filhos, Ana Beatriz, André Henrique, Gustavo e Murilo, por serem a razão do meu viver.
A meus pais e irmãos, por todo o apoio e amor na condução dos meus caminhos

AGRADECIMENTOS

Efetuar agradecimentos é sempre uma tarefa delicada, pois sempre se corre o risco de ser traído pela memória e deixar de mencionar alguém, mas isto não pode isentar a necessidade e o prazer de manifestar a gratidão para aqueles que contribuíram para o fim de uma longa caminhada.

Inicialmente, agradeço à minha orientadora, Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges pela paciência na condução da orientação e pelas lições que pude ter ao longo da caminhada durante o doutorado. Suas obras, seus conselhos e suas críticas foram balizas para o desenvolvimento da tese.

Não poderia deixar de agradecer a solicitude dos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, em especial a Luiza Castro e Maria Angélica Santana, por toda a dedicação nas demandas que lhes foram feitas.

Também agradeço aos professores desta ilustre faculdade, notadamente aos Drs. João Glicério de Oliveira Filho e Maurício Requião de Sant'ana, e aos avaliadores externos, Drs. Laurício Alves Carvalho Pedrosa e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, por terem aceito o convite de participarem da banca.

A toda a equipe da Faculdade Baiana de Direito, na figura de seus coordenadores Fernando Caria Neto e Ana Carolina Fernandes Mascarenhas, por todo o apoio institucional para desenvolvimento deste projeto.

Aos colegas professores da Faculdade Baiana de Direito, em especial, aos meus irmãos de alma, Geovane Peixoto e Thiago Borges, que tanto colaboraram na minha vida acadêmica.

Meu especial agradecimento a Maria Araújo Pitta Lima, por todo o apoio nos momentos mais críticos do desenvolvimento da tese e aos meus sócios Marcelo Álvares Silva e Eduardo Cardoso pela força e compreensão ao longo destes anos de dedicação à tese.

Aos meus queridos alunos da Faculdade Baiana de Direito, Estácio e Dois de Julho, por torcerem em todos os momentos.

A todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para a concretização deste projeto.

RESUMO

O tema da presente pesquisa é a possibilidade de aplicação do princípio da solidariedade para a ampliação do conceito de superendividamento. Assim, o objetivo deste trabalho foi perquirir se o princípio da solidariedade extraído da Constituição Federal de 1988 seria capaz de ampliar o conceito de superendividamento, diante da importância dessa situação e pela constância desse problema em tempos de crises econômicas. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira discorreu-se sobre as modificações ocorridas na teoria geral dos contratos, abordando o atual papel dos princípios contratuais na sociedade, tendo em vista que o superendividamento é significativamente causado por relações contratuais, especialmente as de fornecimento de crédito ou, até mesmo em outros tipos de contrato que comprometam sua capacidade de honrar seus compromissos. Na segunda parte, analisou-se a situação do hiperconsumo e o superendividamento, com o objetivo de demonstrar quais as relações que existem entre tais figuras, e apresentando qual o posicionamento doutrinário sobre o superendividamento, já que será proposta a ampliação do conceito deste instituto. Por fim, no último capítulo, buscou-se demonstrar que o princípio da solidariedade, com amparo no princípio da dignidade humana e preocupado com a preservação do mínimo existencial, pode servir de fundamento para a ampliação do conceito de superendividamento, para que outras pessoas possam receber a tutela legal protetiva de seus direitos em situações ainda não admitidas pela doutrina nem pelo Projeto de Lei 3.515/2015 que trata do tema, razão pela qual sugerimos a ampliação do conceito para o superendividamento.

Palavras-chave: princípio da solidariedade; superendividamento; dignidade da pessoa humana; autonomia; tutela legal.

ABSTRACT

The present research's theme is the possibility of expansion of the concept of over-indebtedness by the application of the principle of solidarity. Therefore, the objective of this paper was to inquire if the principle of solidarity extracted from Brazil's Constitution of 1988 is apt to extend the concept of over-indebtedness, considering the importance of the situation and the constancy that it occurs during economic crisis. To archive so, the research was divided in three parts. The first discussed about the modifications that happened to the contract theory, approaching the current role from the contractual principles in society, contemplating that the over-indebtedness is significantly caused by contractual relations, especially as credits supply or, even by contracts that compromise the ability to honor its obligations. At the second part, was analyzed the hyper-consumerism and the over-indebtedness, aiming to demonstrate the relation between the figures, and displaying what is the doctrinal position about over-indebtedness, since there will be proposed a extension of its concept. Lastly, in the final piece, was attempted to show that the principle of solidarity, as an assistance in the principle of the human dignity and the concern about the preservation of the minimum existential, can be used as foundation for an expansion of the concept of over-indebtedness, so that other people can receive the legal protection of their rights in situations not yet admitted not even by Bill n° 3515/2015 that contains the theme, reason that suggests extends the concept for over-indebtedness.

Keywords: principle of solidarity, over-indebtedness, human dignity, autonomy, legal protection.

RÉSUMÉ

La présente recherche porte sur la possibilité d'appliquer le principe de solidarité afin d'étendre la notion de surendettement. Ce travail visait ainsi à vérifier si le principe de solidarité tiré de la constitution fédérale de 1988 permettrait d'élargir la notion de surendettement, compte tenu de l'importance de ce type de problème et de son apparition lors de crises économiques. À cet effet, la recherche a été subdivisée en trois parties. Dans la première, nous avons traité des modifications apportées à la théorie générale des contrats, en abordant le rôle que les principes contractuels jouent actuellement dans la société, compte tenu du fait que le surendettement est souvent causé par des relations contractuelles, notamment celles liées à l'offre de crédit ou à d'autres types de contrats qui compromettent la capacité à honorer des engagements. Dans la deuxième partie, nous avons analysé une situation d'hyperconsommation et de surendettement, afin de démontrer les liens qui existent entre ces deux cas de figure. Ce faisant, nous avons présenté la position doctrinaire concernant le surendettement, étant donné qu'une nouvelle définition de celui-ci sera proposée. Pour conclure, dans le dernier chapitre, nous avons tenté de démontrer que, lorsque l'on s'appuie sur le principe de la dignité humaine tout en veillant à la préservation du minimum existentiel, le principe de solidarité peut servir de fondement à une extension de la notion de surendettement, afin que d'autres personnes puissent bénéficier de la tutelle légale protectrice de leurs droits lorsqu'elles se trouvent dans des situations non visées par la doctrine ou par le projet de loi n° 3.515/2015 qui porte sur ce thème. C'est pourquoi nous suggérons l'adoption d'une nouvelle notion pour définir le surendettement.

Mots clés: principe de solidarité, surendettement, dignité humaine, autonomie, tutelle légale.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	19
2.1 OS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS	20
2.1.1 A autonomia da vontade e a autonomia privada	22
2.1.2 A força obrigatória	36
2.1.3 A eficácia relativa dos efeitos do contrato	42
2.2 OS PRINCÍPIOS MODERNOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	46
2.2.1 A boa-fé objetiva	52
2.2.2 A função social	65
2.2.3 O equilíbrio material	70
3. SOCIEDADE DE CONSUMO E AUTONOMIA	75
3.1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO	75
3.2 O HIPERCONSUMO	78
3.2.1 O estímulo ao consumo	83
3.2.2 O desafio contra o hiperconsumo	88
3.3 SUPERENDIVIDAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	98
3.3.1 O superendividamento como objeto de proteção jurídica	99
3.3.2 O conceito doutrinário e legal do superendividamento	102
3.4 OS CONTORNOS DA AUTONOMIA	106
4. A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO	111
4.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	111
4.1.1 O princípio da solidariedade e sua eficácia jurídica	126
4.1.2 O princípio da solidariedade e as situações subjetivas	144
4.1.3 As interseções entre o princípio da solidariedade e o mínimo existencial	152
4.2 A SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	155

4.3	A PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO.....	165
4.3.1	A ampliação do sujeito	166
4.3.2	A ampliação do objeto	179
5.	CONCLUSÃO.....	193
	REFERÊNCIAS	198

1. INTRODUÇÃO

O contrato, como principal exemplo da categoria dos negócios jurídicos, tem exercido importância significativa nas sociedades capitalistas, posto que deriva da evolução da técnica jurídica com o objetivo de regulamentar os interesses das partes nele envolvidas, representando, por conseguinte, um avanço social, a partir do fato de que seu estabelecimento propicia uma forma harmônica e civilizada de obtenção de bens e serviços, além de possibilitar o ajuste de situações diversas entre os contratantes.

Este instrumento jurídico, em sua concepção clássica, datada do período posterior à Revolução Francesa de 1789, exprimia os anseios da ascendente classe da burguesia, para o adequado exercício de sua atividade precípua, o comércio. Por esta razão, o contrato então delineado naquele período, é fruto de uma necessidade temporal e específica, marcado pelo signo do individualismo, a fim de permitir a circulação de riquezas desejada pela burguesia, que buscava firmar seu papel político em uma nova estrutura social que ali surgia.

Ocorre que, ao longo dos anos, o contrato teve suas feições modificadas, por conta da percepção de que o papel que lhe competiu naquele momento histórico, embora importante e justificado por todo o entorno sócio-político e até mesmo cultural, oriundo do resgate do individualismo como contraposição à estrutura feudal e teológica outrora vigente, não mais se sustentava porque sua interpretação ensejava a desigualdade entre as partes celebrantes, a despeito da igualdade que se anunciava existente entre os indivíduos.

A paulatina modificação desse instituto não pode ser atribuída, contudo, a um senso de altruísmo contratual, mas sim, a uma série de fatores, não só derivados da análise da estrutura e função do contrato, mas também de circunstâncias externas, a exemplo da gradual intervenção estatal na Economia, influenciando o trato entre as partes e a mitigação dos efeitos dos pactos celebrados em pontos considerados sensíveis nessa nova feição do Estado.

Na experiência jurídica pátria, o grande marco significativo desta transformação pode ser verificado com a edição do Decreto-lei nº 58/1937, que buscou resolver o problema criado pela inexistência de previsão da promessa de compra e venda no Código Civil de 1916, o que permitia o exercício do direito de arrependimento, uma vez que amparado pela previsão do art. 1088 daquele Código, em flagrante prejuízo aos adquirentes dos imóveis, mudando este panorama ao estabelecer a irretratabilidade do negócio jurídico, ao reduzir o campo de utilização do direito de arrependimento e ao

constituir o direito real de aquisição quando efetuado o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O Decreto-lei mencionado representou, portanto, uma clara intervenção do Estado sobre a manifestação de vontade das partes, sob a justificativa da necessidade de modificar o quadro de abusividade que imperava nas relações daquele tipo contratual, notadamente em virtude da disparidade técnica, informacional e socioeconômica entre os contratantes, que sob o manto da legalidade do arrependimento, preferiam não transferir a propriedade ao final da relação, por conta da supervalorização do bem.

Desde então, a participação do Estado na Economia e nas relações privadas se fez mais presente, até, por conta da mudança do seu perfil, abandonando gradualmente sua feição liberal para migrar para o Welfare State, abarcando, portanto, áreas que não eram contempladas por sua atenção, por serem tipicamente privadas.

Não se pode também deixar de citar a discussão sobre o fim da *suma divisio*, como um fator de aproximação do Estado nas relações contratuais, a partir do momento em que as relações sociais e jurídicas tornam-se mais complexas, fazendo com que ficasse mais presente a interconexão entre matérias originariamente públicas com as privadas e vice-versa, exigindo uma nova forma de concepção estrutural da sociedade.

Avulta, da mesma forma, destacar as modificações ocorridas em virtude do processo de constitucionalização do direito privado, notadamente do Direito Civil, após a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república; a proposta de construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, e sua nova tábua axiológica, fatores que ocasionaram a releitura dos institutos tradicionais (família, propriedade, contrato).

Por fim, dignos de nota a publicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) que sedimentou a ideia do princípio da boa-fé objetiva, que, embora previsto no vetusto Código Comercial, não tinha encontrado eco na jurisprudência pátria, permanecendo como norma morta até a edição do código consumerista, e do Código Civil de 2002, após longo período de tramitação legislativa, incorporando boa parte dos novos valores contratuais em seu texto.

Ocorre que, não obstante toda a modificação conceitual do contrato, ao longo dos tempos, desde sua concepção clássica oitocentista até os tempos atuais, notadamente no que concerne à sua função, é necessária a contínua reflexão sobre este tipo de negócio jurídico, em decorrência dos efeitos que ele gera para toda a população, posto que a vida é repleta de contratos, das mais variadas espécies, firmados por todos os tipos de pessoas

físicas, jurídicas (públicas e privadas) e entes despersonalizados, e pelo relevante papel que ele desempenha nas sociedades, como regulamentador de interesses jurídicos, estando, por via de consequência, intimamente associado aos aspectos patrimoniais dos indivíduos.

Destarte, diante da fundamental importância que o contrato detém na sociedade, como instrumento de circulação de riquezas e de alcance dos bens e serviços desejados pela população, é necessário perquirir se este instrumento consubstancia os objetivos propostos pela norma constitucional, uma vez que, como todo instituto jurídico, deve guardar consonância com a norma maior, especialmente se se notar a delicada tarefa de equacionar os interesses oriundos de uma sociedade capitalista, em que se assegura a livre iniciativa econômica, mas, ao mesmo tempo, baliza o exercício de tal direito à defesa do consumidor e aos valores decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

A busca de um singular equilíbrio entre valores entendidos como díspares, exige o entendimento do contrato, posto que representa um dos principais responsáveis pela regulamentação da circulação de riquezas, como um reflexo do seu tempo, mas não apenas pelo prisma do que tem sido aplicado, mas, essencialmente, como deve ser visto, interpretado e manifestado de acordo com os valores constitucionais preconizados, o que denota uma tarefa das mais delicadas, pois coloca em linha de confronto os interesses capitalistas presentes na chamada sociedade de consumo com os objetivos de proteção aos indivíduos de matriz constitucional.

A percepção de que é necessária a proteção jurídica do indivíduo na sociedade de consumo é um tema debatido antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (eventualmente denominado apenas de CDC), e muito anteriormente à própria Constituição Federal, como se vê dos estudos efetuados pela doutrina brasileira, desde a década de 70, por Fábio Konder Comparato, diante da disparidade de forças existentes entre os fornecedores e os consumidores, levando à vulnerabilidade deste último no mercado de consumo, em vários aspectos, tanto pelo prisma técnico, informacional, jurídico e fático (socioeconômico), buscando equilibrar as relações travadas entre fornecedores e consumidores. Contudo, a proteção criada pelo Código de Defesa do Consumidor não tem sido capaz de evitar situações de abuso de direitos, de violação das normas estabelecida e, notadamente, as situações de superendividamento, especialmente pela ausência de uma proteção específica contra este fenômeno fático com repercussão jurídica, que costuma se agravar em períodos de crise econômica.

No que concerne à situação do superendividamento vale, de logo, esclarecer que há uma significativa perspectiva de modificação do quadro ora vigente, em virtude da proposta de alteração de diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, através do Projeto de Lei nº 3.515/2015, que, entre suas matérias, contém tópico específico na tentativa de regular e coibir esta situação.

Ocorre, contudo, que tanto a previsão contida no mencionado Projeto de Lei nº 3.515/2015, quanto às lições extraídas do pensamento doutrinário acerca do conceito do superendividamento, revelam uma concepção equivocada e lacunosa para que se possa tratar este problema, posto que reduzem o foco de proteção apenas ao indivíduo consumidor, bem como traçam um rol de situações abaixo do justificável para a resolução desta situação que compromete o projeto de vida daqueles que estejam neste quadro.

Com base no princípio da solidariedade, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, ao estabelecer que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, será desenvolvida a pesquisa acerca da possibilidade de aplicação deste princípio como fundamento para ampliação do conceito de superendividamento, com esteio também na teoria do patrimônio mínimo, como forma de preservar a dignidade dos devedores.

A tese ora esboçada, entre outros objetivos, busca analisar o conceito previsto no Projeto de Lei nº 3.515/2015 e o que tem sido defendido pela doutrina pátria, e revelar a insuficiência das definições existentes, problema este que não nos ocorreu quando do desenvolvimento da nossa dissertação de mestrado acerca da “tutela jurídica contra o superendividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito”, defendida em março de 2010, não só porque o referido conceito só foi originado do Projeto de Lei nº 282/2012, bem como pelo fato de aquela dissertação ter objetivo distinto.

Registre-se, por ser necessário, que o desafio apresentado através desta nova empreitada não visa apenas a analisar a adequação dos ditames propostos pelo referido Projeto de Lei, posto que sua eventual rejeição ou aprovação, poderia comprometer parcialmente o trabalho a ser desenvolvido ou o tornaria parcialmente inócuo, posto que boa parte das indagações poderia ser resolvida pela simples leitura do texto legal, sem necessidade de um aprofundamento para o desenvolvimento de uma tese, ou fazendo com que seu conteúdo não mais contivesse qualquer efeito prático social.

Esclareça-se, portanto, que, em que pese ter sido efetuada a análise de coerência acerca do conceito proposto no referido Projeto de Lei, posto que, no momento

em que se desenvolve este trabalho, há uma tendência em sua entrada no ordenamento pátrio (estando, desde 13 de junho de 2017, aguardando a Criação de Comissão Temporária pela Mesa da Câmara dos Deputados, em razão da necessidade de ser analisado pelas Comissões de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática), o trabalho será desenvolvido de forma desvinculada do Projeto de Lei nº 3.515/2015, haja vista que as indagações a que se propõe resolver dizem respeito a abordagens que não estão atreladas necessariamente ao referido Projeto, a exemplo da aplicabilidade do princípio da solidariedade, do papel dos deveres gerais de conduta nas situações de superendividamento, além do próprio conceito de superendividamento apontado na doutrina, sendo irrelevante, por conseguinte, sua aprovação ou rejeição, parcial ou total, por tratar, inclusive, de situações existentes antes mesmo da sua eventual vigência.

Traçadas estas considerações preliminares, cabe, portanto, expor quais serão as indagações norteadoras desta tese, as questões correlatas, e os fundamentos estabelecidos para o desenvolvimento do trabalho para que se estabeleça um caminho lógico a ser percorrido até a conclusão da pesquisa e respostas para as provocações que motivaram o estudo ora levado a efeito.

Assim, o presente trabalho propõe-se a responder a seguinte indagação: o princípio da solidariedade pode ser utilizado como fundamento jurídico apto para ampliar o conceito de superendividamento a ponto de extrapolar sua incidência às dívidas derivadas de relação de consumo?

Em virtude da proposta aqui apresentada, percebe-se a existência de questões subjacentes ao tema, que devem igualmente ser enfrentadas e respondidas para que se possa provar a viabilidade da tese ora suscitada, quais sejam: a) as mudanças havidas no contrato podem ser tidas como aptas a satisfazer o panorama atual da sociedade e atender os objetivos constitucionalmente propostos?; b) existe conexão entre o hiperconsumo e superendividamento?; c) como pode ser entendido o atual perfil da autonomia do indivíduo nas relações contratuais?; d) há correlação entre o princípio da solidariedade com a teoria do patrimônio mínimo?; e) os fundamentos utilizados para justificar a proteção ao devedor superendividado podem ser estendidos a situações diversas das que são acatadas pela doutrina e pelo Projeto de Lei 3.515/2015?; f) o princípio da solidariedade tem eficácia jurídica?; g) o conceito de superendividamento, tanto no

aspecto subjetivo quanto no objetivo podem ser tidos como suficientes para proteger a dignidade do devedor?

Identificados o tema e os problemas correlatos a serem desenvolvidos para indagação desencadeada pela tese, vale esclarecer o caminho utilizado para tentar solver estas questões, buscando sempre apontar o fundamento dos argumentos e eventuais contraposições para que se possa, na medida do possível, aferir as críticas acerca das propostas lançadas com o presente trabalho.

Para o desenvolvimento da tese, recorreu-se à pesquisa bibliográfica e documental, socorrendo-se de menções a algumas decisões judiciais, que, por sua escassa quantidade, não se pode afirmar que representem real pesquisa jurisprudencial, até porque, no desenvolvimento do trabalho, será apontada a inadequação dos meios tradicionais de desconstituição de relações contratuais amparadas pela teoria do vício de consentimento para as situações de superendividamento, fazendo com que o foco nas decisões judiciais não seja relevante para o desenvolvimento da tese, notadamente pelo próprio caráter de revisão de dogmática do tema desenvolvido nesta pesquisa.

Para o alcance do objetivo a que se propôs, o trabalho foi dividido em três capítulos, além da presente introdução e a conclusão final.

A princípio entendeu-se como necessário abordar as mudanças ocorridas na teoria geral do contrato, delineando o panorama geral dos contratos na sociedade moderna, discutindo sua atual feição, em virtude da modificação do negócio jurídico de sua forma tradicional até a chamada sociedade pós-moderna. Assim, o primeiro capítulo foi dedicado à análise do fenômeno contratual, não só no que concerne às transformações mais marcantes na teoria geral, fazendo com que novos princípios surgissem, ao passo em que os tradicionais fossem relidos de acordo com os valores constitucionais vigentes, mas, também, para abordar outros fatores que se encontram subjacentes à atual visão do fenômeno negocial para as relações jurídicas, a exemplo da interligação entre princípios clássicos e os contemporâneos.

No segundo capítulo, em virtude da constatação de vivermos numa sociedade de consumo, centrou-se a atenção na abordagem acerca do chamado hiperconsumo, tratando de seus aspectos históricos e conceituais, da correlação existente entre este fenômeno com o superendividamento e como estas situações se relacionam com a ideia de autonomia do sujeito contratante. Esta reflexão fez-se essencial, uma vez que o superendividamento encontra nas relações contratuais, um dos maiores fatores de deflagração desta situação que ocasiona para o devedor o comprometimento da

capacidade de viver de forma digna diante dos problemas normalmente associados a esta situação, a ponto de não mais conseguir, a médio ou longo prazo, saldar as dívidas contraídas.

Por conseguinte, foi preciso apresentar as noções de superendividamento pela doutrina, demonstrando o que há de sedimentado acerca desta figura nas discussões jurídicas no Brasil, apesar da ausência de uma legislação específica sobre o tema, o que pode ser modificado com a aprovação do mencionado Projeto de Lei nº 3.515/2015, bem como indicar quais os fundamentos usados para sua proteção, uma vez que tal abordagem será essencial para a retomada do tópico ao final do trabalho quando será efetuada uma análise de aproximação entre estes elementos justificadores da preocupação jurídica com o superendividamento em virtude da proposta de ampliação do conceito deste instituto.

Aqui, o foco foi indagar o quanto o hiperconsumo pode ser apontado como ensejador das situações de superendividamento e em que medida a autonomia do contratante pode influenciar nesse processo, analisando seus efeitos. Consequentemente, a discussão acerca do que se deve entender como sujeito autônomo e consciente se fez indispensável para que se pudesse analisar a possibilidade de atuação, ou não, de mecanismos jurídicos de proteção ao superendividado. Ainda que não tenha sido possível uma substancial incursão em estudos da Psicologia, foi preciso discutir a correlação entre o estímulo do consumo e a satisfação de desejos, como mecanismo fomentador do superendividamento, a fim de se verificar o grau de influência nesse quadro.

O terceiro capítulo trata do ponto central da tese, e começa com a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, para dar margem ao estudo do princípio da solidariedade e sua eficácia jurídica, explanando, portanto, qual seu efetivo papel no mundo jurídico, sua conexão com o princípio da dignidade humana, com a teoria do patrimônio mínimo e como pode ser utilizado como mecanismo de justiça contratual, para, ao final, esclarecer se este princípio pode ser fundamento para uma aplicação da proteção conferida ao superendividado em situações diversas daquelas que a doutrina admite a tutela e, ao mesmo tempo, sugerir a necessidade de alargamento do conceito de superendividamento, tanto no aspecto subjetivo, quanto objetivo, por entendermos que a previsão legal e a doutrinária reduzem o foco de proteção necessária ao fenômeno.

Entendendo-se como esgotadas as indagações que foram formuladas na concepção do presente trabalho, não obstante os inúmeros questionamentos que podem ainda ser eventualmente efetuados na discussão do tema, pois o princípio da solidariedade

e o superendividamento são institutos aptos a produzir uma gama imensa de abordagens, tanto pela própria importância daquele princípio e deste fenômeno, quanto pelo fato de serem figuras relativamente novas para o estudo jurídico, foram tecidas as conclusões finais, que representam o posicionamento deste autor, na tentativa de uma revisão sobre o tema.

2 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Considerando-se que o objetivo maior deste trabalho está vinculado à análise da possibilidade de o princípio da solidariedade ter eficácia jurídica suficiente para influenciar institutos jurídicos, notadamente o contrato, posto que dele, em regra, decorrem as situações de superendividamento, necessária se faz a abordagem sobre o atual panorama dos princípios da teoria geral dos contratos, para que se tenha a compreensão da gradual modificação dos princípios tradicionais e o desembocar de novos referenciais ao contrato, como forma de atendimento das expectativas sociais vigentes. Ainda que não se possa realizar uma incursão exaustiva sobre as transformações ocorridas nos contratos, pela sua amplitude e também em face da proposta norteadora desta pesquisa, avulta a necessidade de se abordar o assunto, como uma forma de expor pontos essenciais desta mudança paradigmática na teoria dos contratos. Assim, o ponto inicial desta tese partirá da concepção do contrato no mundo moderno e a paulatina alteração de sua feição até os dias atuais.

Relatando sobre o surgimento do negócio jurídico como instituto, Francisco Amaral afirma que ele nasceu “durante o séc. XVIII, como produto do grande esforço de abstração dos civilistas alemães, que criaram um sistema de direito privado baseado na liberdade dos particulares, tendo ao centro o negócio jurídico como paradigma típico da manifestação de vontade”.¹

A influência da doutrina germânica na construção do conceito de negócio jurídico também foi registrada por Vicente Ráo, tendo advertido, todavia, que a designação não se confundia com o termo *negotium* empregado no direito romano, pois ele tinha múltiplo significado, pois poderia significar um ato produtor de efeitos jurídicos, sua causa, ou, até mesmo, representar processo.²

Em que pese toda a discussão histórica havida entre os adeptos da teoria da vontade (*Willenstheorie*) e os da declaração (*Erklärungstheorie*), o fato é que a análise do elemento anímico como relevante para esta categoria jurídica, ainda que atenuado com a gradual evolução histórico-social do Direito Civil, não se tem como descartado, posto que a vontade continua sendo um balizador daquele negócio jurídico mais característico

¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 371.

² RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed., anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 36.

que é o contrato, como instrumento de satisfação de interesses dos indivíduos, como forma de harmonia e garantia jurídicas neste procedimento, valores estes que se encontram hoje atrelados a outros referenciais normativos estabelecidos como freios ao ilimitado espaço que se atribuiu à vontade na concepção clássica desse instituto.

Interessa ao estudo dessa tese, a importância que o contrato representa no mundo econômico, uma vez que é fonte geradora de obrigações, respaldada pelo ordenamento jurídico, e, portanto, cabe a análise inicial acerca do atual papel deste instituto na sociedade, discorrendo sobre as alterações mais significativas nele ocorridas e em que medida estas se manifestam para os contratantes.

A concepção clássica do contrato centra seu ponto essencial na autonomia dos contratantes como móvel do estabelecimento das obrigações assumidas, derivando do livre arbítrio que é assegurado aos indivíduos, como forma de alcance dos desejos manifestados através desse negócio jurídico.

Em virtude de tal paradigma, percebe-se que os princípios tradicionais da teoria geral dos contratos estavam conectados à ideia de autonomia da vontade, pois circundam a liberdade de contratar, a obrigatoriedade do pacto e a eficácia da avença para aqueles que assumiram as obrigações.

Assim, faz-se necessário, uma breve incursão sobre estes três princípios clássicos, para discorrer sobre as modificações neles ocorridas com a influência dos fatores sociais ao longo do tempo.

2.1 OS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS

Especula-se que a formação dos pactos foi estimulada pela necessidade de pacificar as relações sociais, afastando o indivíduo da barbárie em que vivia, em que seus interesses eram garantidos pelo meio da força. Assim sendo, os contratos surgem como meio de impedir o uso da violência, trocando-a pela palavra empenhada e, mais tarde, pela forma escrita, na perspectiva de que isso fosse o suficiente para que o acordado fosse devidamente cumprido.

Afirmava Clóvis Beviláqua, com esteio na lição de Gaio, que os grupos primitivos preferiam adquirir o que precisavam a efetuar trocas, inclusive, achando de melhor título aquilo que era tomado do seu inimigo. Contudo, como esta situação de lutas não poderia perdurar, a sociabilidade da vida humana carecia de coexistência social, daí que o contrato surge como elemento apaziguador.

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado.³

A concepção de contrato como conhecida atualmente, teve influência de diversas escolas do pensamento, sendo bem marcantes, contudo, a doutrina relativa ao pensamento dos canonistas e a escola do Direito natural, como pontua Orlando Gomes.⁴ A primeira escola contribuiu com as noções de consenso e fé jurada, já a segunda, de formação racionalista e individualista, trazendo a ideia de que o fundamento do contrato seria a vontade livre dos contraentes, e, portanto, bastaria o consentimento para gerar a obrigação (*solus consensus obligat*).⁵

Explica Paulo Nalin que o contrato concebido ao tempo do Código Napoleônico foi consequência de um processo que começa com os canonistas, passa pelo jusnaturalismo até chegar ao jusracionalismo, e que o princípio do consensualismo foi o ponto de partida da significativa modificação da estrutura anterior do contrato, pautado no direito romano, repartido entre a figura típica (únicos a gerar a *actio*) e os *pactos* (cuja relação obrigacional se assemelhava à da obrigação natural)”,⁶ sendo que tal modificação decorria do desejo dos canonistas, em valorizar a palavra verbalizada, em detrimento do fetichismo das formas que impregnava o direito romano.

A concepção do contrato, nesse momento pós Revolução Francesa, representava a consolidação não só de um instituto jurídico, mas, especialmente, contemplava o projeto econômico político traçado pela burguesia, no sentido de se sedimentar como nova classe ascendente e dominante no panorama ora vigente substituindo a aristocracia, uma vez que o contrato estabelecia a segurança jurídica que dele se esperava para os ajustes efetuados, garantindo a manutenção dos pactos celebrados no comércio que geravam a fonte de rendas dos comerciantes burgueses, sem que houvesse qualquer preocupação com a realidade que cercava aquele negócio jurídico.

Percebe-se, pois, que o contrato passa a ser uma realidade em si mesmo, desconectado dos elementos exteriores, posto que concebido como consequência da igualdade supostamente existente entre as pessoas, fato que o afasta da ideia de

³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 210.

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 06.

⁵ Idem, p. 06.

⁶ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato. Conceito pós-moderno** (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2. ed. rev e atual., 2006, p. 106.

sociabilidade, centrando sua análise nas vontades dos contratantes, o que o torna fadado a ser instrumento de desigualdade, apesar da liberdade preconizada.

Esse quadro é desenhado por Joaquim de Sousa Ribeiro:

A concepção clássica do contrato caracterizava-se por um radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada sobre si própria. Sendo a liberdade individual reconhecida, no campo de contrato, como valor único e absoluto, era ela perspectivada em termos puramente formais e jurídicos, com quase total irrelevância normativa das condições materiais e das consequências do seu exercício. A conjugação destas duas linhas de pensamento conduziu ao isolamento do contrato do ‘mundo da vida’, ao corte com todas as suas conexões ‘externas’.⁷

Diante da importância do tema, trataremos da tríade relacionada aos chamados princípios tradicionais da teoria geral do contrato, pontuando as alterações mais significativas pelos quais eles passaram até chegar aos dias atuais, em virtude de todas as mudanças sócio jurídicas ocorridas desde então.

2.1.1 A autonomia da vontade e a autonomia privada

Ao se falar em consentimento, necessário, por conseguinte, tratar sobre o chamado princípio da autonomia da vontade, para, em seguida, tratar das transformações que desembocaram na autonomia privada.

Quando se fala na ideia de autonomia da vontade, indispensável a menção a Immanuel Kant⁸, pois, em sua obra, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ele expõe sua concepção em diversas passagens:

O conceito, em virtude do qual todo ser racional deve considerar-se como fundador de uma legislação universal por meio de todas as máximas de sua vontade, de sorte que possa julgar-se a si mesmo e a suas ações sob este ponto de vista, conduz-nos a uma ideia muito fecunda que com ele se prende, a saber, à ideia de um reino dos fins.⁹

Ao tratar da autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade, Kant assevera que a autonomia é “escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa

⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 35.

⁸ Cumpre registrar a influência de doutrinadores do direito internacional, como faz menção, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, in *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação*. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9228-9227-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 75.

escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer”.¹⁰

Não se pode deixar de registrar, contudo, que, em um tempo marcado pela influência e concepções religiosas, o desenvolvimento da ideia de libertação de fatores divinos se fez importante como forma de restabelecer a primazia e independência do ser humano, em detrimento da ideia preconizada por São Tomás de Aquino, pela qual a felicidade só é adquirida por intermédio de Deus. Nota-se que a partir da Idade Moderna, que deu margem ao surgimento do Iluminismo do século XVIII, a moral passa a ser laica (não-religiosa), por via de consequência, conseguiu-se estabelecer uma cisão entre a ideia de ser moral e ser religioso, como se defendia na Idade Média, fazendo com que os valores morais não estivessem mais ligados a Deus, mas justificados na razão do próprio homem.

Immanuel Kant ao defender que a ação moral é autônoma, uma vez que o homem é o único ser com capacidade para determinar leis segundo a faculdade da razão, permitiu o surgimento de uma moral racional, universal e que centra na liberdade do indivíduo o valor das ações.

Esclareça-se, contudo, que a ideia de autonomia estabelecida por Kant não pode ser totalmente transposta para a concepção utilizada para o mundo contratual, especialmente na forma modelada no Estado Liberal, pois, enquanto para Kant a liberdade estava relacionada à vontade pura e desinteressada, animada por valores éticos; no mundo do liberalismo, ela se metamorfoseia ao ingressar no mundo econômico, passando a representar o poder do sujeito “possuidor de direitos e faculdades manejáveis à persecução de objetivos egoísticos”.¹¹

Logo, a noção de autonomia se desdobra, ainda que, muitas vezes, apropriada pelo Liberalismo, como forma de mascarar os intentos individualistas e não necessariamente éticos dos seus praticantes, posto que ter “autonomia, para o liberalismo, é poder atuar no mercado, alienando e comprando bens, longe de restrições jurídicas ou ético-rationais, ou diretamente na natureza, para transfigurá-la ao arbítrio do agente”.¹²

Essa feição da autonomia, de natureza individualista, consolida-se com a Revolução Francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, posto que este

¹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 85.

¹¹ FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. O princípio da soberania da vontade no direito privado: perspectiva histórica, política, econômica, jurídica e filosófica. **Revista Direito e Liberdade - ESMARN – Mossoró** – v. 2, n.1, p. 33 – 50 – jan/jun 2006.

¹² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Porto: Almedina, 2003, nota 28, p. 26.

último valor decorreria da manifestação da vontade, como consequência natural de uma sociedade de homens iguais e livres para dispor sobre seus interesses, sem as amarras e desigualdades promovidas pelo Estado.

Nesse panorama, vigorando plenamente o Liberalismo, a ideia do contrato estava intrinsecamente associada à noção de liberdade e justiça, e não sem razão ficou famosa a expressão cunhada por Fouillée (1838-1912), “*Qui dit contractuelle, dit juste*” (“quem diz contratual, diz justo”), uma vez que o contrato, dentro de um Estado liberal, tinha o papel de permitir o equilíbrio formal e a autonomia da vontade, estando ela limitada apenas pela ordem pública ou pelos bons costumes, “não cabendo ao Estado e ao Direito fazer considerações sobre o ideal de Justiça Social”.¹³

A burguesia, expoente da força econômica daquele momento histórico, estabeleceu um projeto de estabilidade para a classe, resguardado pelo Direito, notadamente através do Código Civil francês (1804), como artifício para garantir sua fonte de receitas e riquezas, sem que houvesse interferências a coibir seus interesses. A consequência lógica dessa concepção é a forma com que o direito civil francês, capitaneado por seu Código Civil, regulou a dinâmica contratual, amparado pelos dogmas da (hipotética) igualdade e da estrita obrigatoriedade dos pactos firmados, como mecanismos de manutenção da estrutura estabelecida. Destarte, a fraternidade cedeu espaço para os interesses econômicos, mascarados pelo discurso falacioso da liberdade que decorreria de uma pretensa igualdade entre os indivíduos, desconsiderando-se a efetiva capacidade de cada uma delas de influenciar no campo gestacional do contrato.

Em análise acerca da preponderância desses elementos, Rosalice Fidalgo Pinheiro relata que, não obstante a previsão da boa-fé, como “elemento moralizador do contrato”, no artigo 1134, 3¹⁴, os intérpretes do Código Civil napoleônico a preteriram em detrimento da preservação do individualismo e liberalismo econômico, afastando todo o solidarismo humanista. Assim, a possibilidade prevista pelo princípio da boa-fé de mitigação dos valores contratuais e “contrária às conquistas revolucionárias da burguesia, cristalizadas no Code e propícia à recuperação parcial do solidarismo” foram

¹³ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22538/principio_funcao_social_contrato.pdf. Acesso em: 16 jul. 2017.

¹⁴ “As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas senão por consentimento mútuo, ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa-fé”, em tradução livre. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou par les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonné foi.

desconsideradas, “por conta do caráter positivista traduzido na interpretação moldada pela Exegese”, sublimada pela “hipertrofia da autonomia da vontade”.¹⁵

Assim, segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro, a boa-fé ficou limitada ao sentido de boa intenção, pelo interesse de impedir qualquer intervenção judicial no contrato, ao se priorizar a vontade individual; “trata-se de uma forte projeção jusracionalista, à qual se rende o positivismo jurídico: o triunfo da vontade destaca-se como o laço que envolve a racionalidade jurídica a uma racionalidade econômica”.¹⁶

Não é difícil de perceber que, em um sistema em que se iguala formalmente todos os contratantes, sem se observar a real capacidade de forças entre eles existentes, permitindo que a disparidade de poderes das partes na elaboração dos termos da contratação não seja elemento relevante na interpretação e na execução contratuais, e, por outro lado, tornando praticamente imutável o acordo de vontade, pela vedação de atuação reguladora estatal, em nome de uma hipotética igualdade, resta por sedimentar o abuso de poder econômico existente.

Conforme observado por Ana Prata, a condição da igualdade consubstancia-se na atribuição da personalidade jurídica desde o nascimento dos indivíduos, o que gera um outro aspecto, o da não discriminação dos sujeitos pelo Estado, em virtude da igualdade entre eles existente. Assim, a igualdade decorreria de um processo em que todos os cidadãos se encontram na mesma situação perante a lei, em decorrência de serem iguais a um terceiro, o que leva à conclusão de que são iguais entre si, sendo que a característica diferenciadora da igualdade residiria na posição de cada indivíduo em sua relação com o Estado (este correspondendo à lei).¹⁷

Esta concepção estrutural da igualdade, adverte Ana Prata, não teve o condão de uniformizar situações que se encontravam indivíduos que só tinham em comum o fato de estarem na mesma posição relativa no tocante a um terceiro, logo, na relação entre eles travada, em que a submissão à lei não tinha relevância, revelou-se a falibilidade concreta da igualdade:

[...] Falso no sentido estritamente jurídico em que existem relações jurídicas de autoridade/subordinação neste domínio, mas sobretudo no sentido em que não é, nesta sua formulação, apto a exprimir qualquer situação de igualdade real recíproca.¹⁸

¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos**: o percurso teórico e sua recepção direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015, p. 124.

¹⁶ Idem, p. 125-126

¹⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 86-87.

¹⁸ Idem, p. 89.

Deve-se entender, contudo, que esta realidade, ainda que perversa, derivava da conjuntura da sociedade da época, como uma convergência quase que natural diante das influências existentes naquele momento histórico, em que era necessário romper os referenciais divinos que marcavam as relações de poder e determinavam o modo de vida das pessoas, da mesma forma que era preciso para a burguesia criar mecanismos protegidos do arbítrio estatal. Saliente-se que, na França, a necessidade de lutar contra o absolutismo ensejou um processo de exaltação e idealização da lei, como ferramenta de proteção contra o exercício arbitrário e despótico do poder, inclusive o poder dos juízes, que estavam comprometidos, pela sua própria origem social, com as classes privilegiadas,¹⁹ sendo, portanto, a lei e o contrato, instrumentos úteis à burguesia para garantia dos seus direitos.

O fortalecimento do Iluminismo e do Racionalismo ensejou paulatinamente o abrandamento do poder divino tão presente nas relações sociais e jurídicas, que amparavam e justificavam até mesmo o poder da monarquia. Por via de consequência, a retomada da importância do papel do homem, como determinante de sua própria história de vida, e não uma mera marionete dos desígnios de Deus, faz com que se reforçasse o valor de suas vontades na construção de uma nova sociedade.

Ao lado disso, o intuito de se impedir o reestabelecimento de práticas adotadas pelo sistema revogado pelos revolucionários franceses, fazia com que se tornasse necessário reduzir a interferência do Estado nas relações econômicas, como forma de chancelar a liberdade de desenvolvimento das atividades da burguesia, permitindo a obtenção do lucro no comércio, daí, também, essa quase sacralização do contrato como mecanismo de segurança aos seus interesses.

Vale registrar que a necessidade de espaço livre para exercer sua atividade econômica era desejo claro da burguesia, dentro de uma sociedade, cujo arcabouço não lhe era propício diante de amarras estabelecidas pelo Estado, pelas entidades corporativas medievais que monopolizavam o mercado, sem contar na própria estrutura de vinculação do servo ao senhor feudal, o qual, por ser dono das áreas edificadas passaram a cobrar altas taxas dos mercadores para que pudessem exercer o comércio e se deslocar entre os núcleos urbanos.²⁰

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

²⁰ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 36-39.

Este quadro foi retratado por Fábio Antônio Correia Filgueira, a demonstrar a ânsia da burguesia em se destrelar dos obstáculos à sua atividade comercial:

Entraves na liberdade de trabalho no campo, devido à vinculação pessoal do servo ao senhorio; estorvo na cidade, graças à exclusividade das corporações; obstáculos no tráfico de mercadorias em geral, atribuído ao dirigismo estatal do mercantilismo; e o gravame de ser a propriedade um privilégio de poucos. Eis o panorama incompatível com o anseio de o indivíduo, a seu talante, ampliar as atividades negociais e assenhorear-se dos bens disponíveis, em razão do que emerge, no final do século XVIII, o sentimento de liberdade, cunhado de liberalismo econômico, propagador do ‘Livre jogo das atividades econômicas individuais; com o mínimo de intervenção do Estado no domínio econômico, limitando-se este a garantir a liberdade de trabalho e do comércio e o benefício da propriedade dos bens’.²¹

A desigualdade existente nos pactos enseja o surgimento de um grau de tensão entre o contratado e o executado, que fatalmente resvalou para o Poder Judiciário, como forma de coibir os abusos perpetrados pela disparidade de forças na elaboração contratual, contudo, a interpretação clássica de um código comprometido com os ideais burgueses não dava muita margem para a proteção dos valores de justiça, mas, essencialmente o da segurança jurídica criada pela obrigatoriedade do contrato.

Judith Martins-Costa, ao abordar o dogma da autonomia da vontade, afirmando que ele pode ser sintetizado através da seguinte fórmula: “o homem livre exprime uma vontade livre e, se, da vontade livre tudo procede, só a vontade livre pode obrigar”. Extrai-se daí que, sendo o contrato originado do consentimento, ele deve ser formado livremente, isto é, com conhecimento de causa, pois se ausentes a liberdade, como na hipótese de coação, ou o conhecimento de causa, como ocorre com o erro, o contrato seria nulo.²²

Esclarece, contudo, que essa sintetização não pode ser aplicada aos efeitos da autonomia da vontade. O primeiro deles reside na questão dos limites, esclarecendo que a lei apenas poderia estabelecer alguns limites negativos, a exemplo dos bons costumes e capacidade, tal era a margem de liberdade em que se desenvolvia a autonomia da vontade. Estava fora de cogitação, por conseguinte, a existência de limites positivos, através dos quais poderiam ser impostos deveres, notadamente se oriundos do Poder Judiciário. O segundo efeito está relacionado à justiça contratual, sendo ela concebida como correspondente necessária da liberdade dos contraentes, e, por fim, o terceiro efeito é o

²¹ FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. O princípio da soberania da vontade no direito privado: perspectiva histórica, política, econômica, jurídica e filosófica. **Revista Direito e Liberdade - ESMARN** – Mossoró – v. 2, n. 1, p. 33-50 – jan/jun 2006.

²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

subjetivismo na conceituação do contrato, fazendo com que a força da vontade para criar obrigações derive dela mesma, ou seja, o contrato obriga porque é contrato, ou seja, representação da livre vontade das partes.²³ Neste último sentido, vale recordar o pensamento de Kant, ao professar que “quando alguém decide alguma coisa a respeito de outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”.²⁴

Teresa Negreiros esclarece quanto ao primeiro efeito indicado, informando que “a vontade como centro do contrato, articulada à regra de igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes”, sendo assim, a lei meramente protege a manifestação derivada do livre consentimento.²⁵

Ao abordar sobre as ideologias do contratualismo, Enzo Roppo, trata da importância do contrato para a burguesia, amparando-se nas lições de Henry Sumner Maine ao denominar de transição do “status ao contrato”, em que explicava a modificação de um padrão de relações calcadas no status social de seus participantes para um sistema onde elas passam a derivar da escolha livre dos indivíduos, através do contrato:

Na perspectiva adoptada por fórmulas como a da transição do ‘status ao contrato’, é claro que o contrato não é encarado na acepção estrita de instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas com um significado bem mais geral: como símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade. Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto a sociedade do sec. XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de *status*, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo dos seus valores e dos seus princípios (na livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários o mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do ‘antigo regime’, com seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação.²⁶

O próprio processo de surgimento das codificações deriva desse sentimento de necessidade de regulação social e econômica através de mecanismos jurídicos que afastassem a influência do direito consuetudinário. Como pontua, Rogério Zuel Gomes,

²³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 202-204.

²⁴ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003, p. 116.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

²⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

tal processo de codificação resultou de “longos debates políticos culturais ocorridos no decorrer do século XVIII, objetivando a positivação do Direito Natural”,²⁷ concluindo:

O sentimento de segurança jurídica, inspirado pelo jusracionalismo, associado ao período seguido à Revolução Francesa, fez com que a burguesia, portadora de sua própria base de valores, infundisse em toda a sociedade tal base, reconhecendo-a como sua também. Entretanto, não é somente o escopo formal de obtenção de clareza e certeza jurídica que orientou esse movimento, mas também o escopo político de instaurar a igualdade civil entre cidadãos e as classes, provindos do espírito da revolução.²⁸

Vê-se, portanto, que as codificações, independente de outras motivações de ordem jurídica que escapam ao objeto deste trabalho, serviram para contemplar o projeto de garantia dos fins objetivados pela burguesia, no tocante a não interferência do Estado.

Essa perspectiva não passa despercebida pelo olhar de Georges Ripert:

Uma ordem social, forte em seu longo passado, estava destruída pela onipotência da lei. Nada fora criado para substituir tal ordem, mas de propósito. Fiava-se no benefício da liberdade. A propriedade individual, livre e sagrada, a convenção livremente formada e tendo foros de lei, são as duas bases que ao permitir a criação da nova ordem. Daí em diante, o homem tem a disposição dos capitais que acumulou ou obteve emprestado; exerce comércio ou a indústria que lhe apraz, vende livremente os produtos, obtém pelo contrato o trabalho de outrem. O regime que foi, senão criado, a menos tornado possível, será chamado mais tarde, o regime capitalista. A revolução permitiu se aparecimento dando-lhe um lugar definido. Ela foi útil, não pelo que deu, mas pelo que destruiu.²⁹

Diante de todo essa conjuntura, o campo de atuação do Estado para a interferência na seara contratual ficou reduzido a situações pontuais, que não necessariamente pautadas na justiça, mas nas questões relativas a eventuais vícios na manifestação da vontade, o que acaba confirmando o paradigma essencial dos contratos.

Discorrendo sobre os limites estabelecidos ao poder judicante nesta sistemática, Orlando Gomes apontava que as limitações genéricas à liberdade de contratar residiam na ordem pública e nos bons costumes, contudo, como esses conceitos jamais puderam ser definidos com precisão, ressaltava ele, tais referenciais tornavam-se insuficientes para coibir os abusos perpetrados.³⁰

Não se pode olvidar que no período da Revolução Francesa, as faculdades de Direito foram abolidas e só retomadas em 1808, porém, atreladas a uma única

²⁷ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 30.

²⁸ Idem, p. 30.

²⁹ RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno**. Campinas: Red Livros, 2002, p. 26.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 27-29.

Universidade Imperial, sob direção de uma administração central, ensejando o domínio da Escola Exegética que praticava basicamente a interpretação literal dos códigos.³¹

Como afirma, R. C. van Caenegem, os códigos napoleônicos inauguraram um século de esterilidade, em razão da unificação entre o direito e a lei, posto que o estatuto derivava do legislador, o único representante do povo soberano:

Os códigos já existiam; adequavam-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los. Os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos dos códigos. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo.³²

O pequeno espaço dado pela Escola da Exegese a outras fontes do Direito se dava pelo fato de que todo o direito positivo deveria ser reduzido à lei, a qual, por sua vez, deveria ser interpretada segundo processos lógicos formais adequados, para que o intérprete não alterasse a intenção do legislador, sob pena de invasão de competência do Poder Legislativo pelo Judiciário, daí que um dos seus grandes defensores, Demolombe, afirmava que “(...) a lei é tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir grandes sistematizações”.³³

Este panorama só consegue ser alterado através de um processo lento e gradual de insatisfação e de pressão deflagradas por movimentos sociais, a exemplo do anarquismo, socialismo, sindicalismo, os quais gradualmente, ensejaram modificações em diversos institutos jurídicos tradicionais, a exemplo da família, da propriedade e, mais particularmente, do contrato.

Até a própria Igreja Católica não passou imune a estas forças sociais, expondo seu posicionamento como ocorreu através da *Rerum Novarum* (1891) e reiterado através da Encíclica do Quadragésimo Ano (1931), na qual o Papa Pio XI expôs o que a Igreja chamou de remédios no tocante à economia e ao socialismo, em decorrência das grandes transformações ocorridas após 40 anos da Carta Encíclica do Papa Leão XIII:

Visto como o regime económico moderno se baseia principalmente no capital e no trabalho, é preciso que as normas da recta razão ou da filosofia social cristã, relativas a estes dois elementos e à sua colaboração, sejam melhor conhecidas e postas em prática. Para, evitar o escolho quer do individualismo quer do socialismo, ter-se-á em conta o duplo carácter individual e social tanto do capital ou propriedade, como do trabalho. As relações mútuas de um com o outro devem ser reguladas segundo as leis de uma rigorosa justiça comutativa,

³¹ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 207-208.

³² *Idem*, p. 207.

³³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 283.

apoiada na caridade cristã. A livre concorrência contida dentro de justos e razoáveis limites e mais ainda o poderio económico devem estar efectivamente sujeitos à autoridade pública, em tudo o que é da sua alçada. Enfim as públicas instituições adaptarão a sociedade inteira às exigências do bem comum, isto é, às regras da justiça; donde necessariamente resultará, que esta função tão importante da vida social, qual é a actividade económica, se encontrará por sua vez reconduzida a uma ordem sã e bem equilibrada.³⁴

A necessidade de modificação do papel do Estado, de feição liberal, não intervencionista, fazia-se premente, diante do caos econômico-social, notadamente com a influência da tomada do poder na Rússia pelos socialistas, a destruição da economia europeia após a 1ª Guerra Mundial e a Grande Crise de 1929, todos esses eventos com repercussões globais.

A assunção de vários papéis pelo Estado, agora na configuração de Estado do bem-estar social (Welfare State), antes delegados a outros entes, fez com que os ideais de justiça e proteção social se tornassem mais presentes na sociedade, o que finda por resvalar no campo jurídico, mormente no campo contratual, pois não mais era possível desconhecer que a preconizada igualdade entre os contratantes era ilusória, posto que desproporcionais as forças econômicas existentes entre os contratantes, havendo, por conseguinte, uma mitigação do binômio que associava a liberdade à igualdade.

A partir do reconhecimento dos abusos perpetrados pela excessiva liberdade contratual foi possível construir a gradual ingerência judicial sobre os contratos, restando famosa e emblemática a frase de Lacordaire, ao dizer que “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

Não obstante haja uma certa uniformidade em se afirmar que o Welfare State tenha surgido apenas depois do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), podem ser vistos alguns sinais da modificação do perfil estatal desde a Constituição Mexicana (1917) e, com mais influência, a de Weimar (1919), como afirma A. J. Avelãs Nunes:

A Grundgesetz de 1919 é o primeiro texto constitucional que põe abertamente em causa a tese liberal da autonomia das forças económicas (do ‘governo’ da economia por ‘leis naturais’), assumindo que a intervenção do estado na economia deve visar não apenas a ‘racionalização’ da economia, mas a ‘transformação’ do sistema económico, integrando a economia na esfera da política, fazendo da economia um problema político, lançando deste modo as bases da passagem do estado de direito ao estado social. A partir das soluções consagradas na Constituição de Weimar, acabaria por se construir na Alemanha (Huber) a noção de direito público da economia (Wirtschaftsverwaltungsrecht).³⁵

³⁴ Carta Encíclica. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.html. Acesso em: 22 jul. 2017.

³⁵ NUNES, A. J. Avelãs. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/aventuras-e-desventuras-do-estado-social.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

O desenvolvimento do Estado Social (État providence, Welfare State) é creditado, por Lenio Streck e José Luís Bolzan de Moraes, a duas grandes esferas de influência; uma de esfera política, em virtude da luta pelos direitos individuais, políticos e sociais; e outra de natureza econômica, decorrente da transformação da sociedade agrária em industrial.³⁶

Esta soma de várias situações para a formação do Welfare State também é citada por Maria Lucia Vianna Werneck, ao enumerar o Reformismo socialdemocrata, o socialismo cristão, as elites políticas e econômicas conservadoras como propagadores desta mudança, sem esquecer a luta das organizações de trabalhadores

Historicamente, o Welfare State foi o resultado combinado de [...] e grandes organizações de trabalhadores industriais foram as principais forças que lutaram por isto e concederam esquemas de seguro compulsório mais e mais compreensivos, legislação de proteção ao trabalho, salários mínimos, expansão das facilidades de saúde e educação e subsídios estatais para moradia, assim como o reconhecimento dos sindicatos como representantes, na economia e na política, dos trabalhadores.³⁷

A transição operada no papel do Estado influenciou também o Direito, haja vista que as concepções estabelecidas para os institutos tradicionais, notadamente no campo do direito privado, o que interessa a esta tese, foram gradualmente afetadas, com a contínua indagação sobre a adequação de seus conceitos a um mundo em transição.

Reportando-se às reflexões efetuadas por doutrinadores franceses e italianos sobre a necessidade de mudança dos paradigmas estabelecidos, Darcy Bessone, já no fim da década de 40 do século passado, revelava o estado da arte e a necessidade de releitura da autonomia da vontade, posto que as lições da doutrina clássica sobre ela tinham como pressuposto a igualdade dos contratantes, contudo, ele reconhecia a falha dessa concepção, pois “[...] Em todos êstes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania. Para o outro, no expressivo dizer de MENGER, será colocada ao lado da guilhotina”.³⁸

Ao analisar as mudanças que ocorriam no direito privado, Orlando Gomes, em uma conferência proferida em Curitiba, em 28 de agosto de 1969, reconheceu o

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

³⁷ OFFE, C. Some contradictions of the modern Welfare State. In: OFFE, C. & KEANE, J. (Eds.) *Contradictions of the Welfare State*. Cambridge: The MIT Press, Apud. WERNECK Maria Lucia Vianna. O estado de bem-estar no contexto atual. Política versus economia: notas (menos pessimistas) sobre globalização e Estado de bem-estar. Disponível em: >books.scielo.org/id/8fmv5/pdf/gerschman-9788575413975-11.pdf<. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 108-109 (grafia original do texto).

esfacelamento do panorama clássico previsto para o contato e defendeu que as intervenções que passaram a ser efetuadas (a que ele denomina de institucionalização do contrato), limitando a irrestrita liberdade de contratar se justificavam pela segurança e nas vantagens que traziam ao sistema.³⁹

A partir do momento em que novas exigências econômicas, políticas e sociais suscitaram outras diretrizes para a elaboração e aplicação do Direito, passou-se a sentir a necessidade de reformular os conceitos, de renovar o instrumental jurídico, de modificar o próprio método de sua elaboração, de intentar, em suma, uma revisão crítica. O raciocínio jurídico deixou de corresponder às realidades sobre as quais assentara, decorrendo, desse desajustamento, a impressão de decadência dos próprios institutos jurídicos, e até de declínio do Direito.⁴⁰

Amparado na lição do doutrinador italiano, Francesco Consentini, Darcy Bessone discorreu sobre a injustiça de tal situação e aborda a necessidade de modificação do referencial vigente:

Se se consideram e tratam do mesmo modo pessoas de poder desigual, cria-se e consolida-se a desigualdade e chega-se à impossibilidade de realizar a verdadeira justiça, desde que a liberdade deve ser considerada o fundamento da justiça. Se a justiça é a igualdade de direitos, não pode haver justiça senão onde há equilíbrio entre os sujeitos desses direitos. Cumpre, portanto, entender os princípios da liberdade e da igualdade em uma compreensão mais larga das necessidades sociais [...] Eis porque, conclui, é necessário substituir um individualismo abstrato e inorgânico por outro que se ligue, organicamente, à finalidade social do Estado e harmonize a moral individualista com a moral social, transformando os códigos de puro direito privado em códigos de direito privado social.⁴¹

Mais adiante, Darcy Bessone arrematou seu pensamento, revelando as mudanças de uma era já cambiante e vaticinou as mudanças paradigmáticas que ocorreriam futuramente na teoria dos contratos:

Por certo, é inegável que o dirigismo contratual deve ser conduzido com critério alto e seguro. Convém, não obstante, não perder de vista que, nos dias que correm, a sua extensão resulta de nos acharmos em momento de transição, entre o milenar estágio individualista e uma nova era, ainda indefinida, mas por todos pressentida, na qual as ideias sociais, sem os exageros por muitos pretendidos, vão conquistar terreno e firmar-se em bases mais sólidas. Passada esta hora confusa e indecisa, aclarados os horizontes, tornar-se-á possível a revisão da teoria dos contratos e dos seus princípios fundamentais. Pode-se prever que, então, as normas serão, de novo, abstratas e permanentes e incorporar-se-ão aos Códigos, conferindo estabilidade às relações contratuais.⁴²

Com a absorção pelo Direito Constitucional das matérias de cunho social e a sedimentação gradual de valores não vinculados apenas à vontade dos sujeitos, até porque

³⁹ GOMES, Orlando. A força renovadora do Direito, p. 42. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7150/5101>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴⁰ Idem, p. 43 (grafia original do texto).

⁴¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 110 (grafia original do texto).

⁴² Idem, p. 113-114.

se mostrou fictícia a igualdade entre os indivíduos no campo econômico, começou a transição entre a clássica autonomia da vontade para a autonomia privada.

A afirmação dos direitos constitucionais do pós-guerra, como um compromisso de impedir que a barbárie que assolou a humanidade se repetisse, fez com que as Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial assumissem a defesa dos direitos humanos e explicitassem o reconhecimento jurídico da dignidade humana, inclusive, como se viu com a própria Constituição da Alemanha, como forma de expurgar o então recente e nefasto passado de sua história.

Outro dado histórico relevante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, como marco representativo da terceira e última fase do universalismo dos direitos humanos, através da qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal, posto que alcança todos as pessoas, e positiva, pois põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém, efetivamente protegidos, até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado, passando de direitos do cidadão em direitos do homem.⁴³

A inserção de novos valores nas cartas políticas de cada nação que assumiu tais compromissos fez com que novos paradigmas fossem estabelecidos para as relações sociais e jurídicas, o que, no campo do direito contratual, reverberou na busca do equilíbrio material, justiça social, e reforço dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a noção de autonomia plena da vontade fosse relativizada, pois, ainda que válida a manifestação volitiva das partes, ela deve se submeter aos limites legais.

Nessa viragem de conceitos, a autonomia privada surge com a modificação de três aspectos, no tocante à autonomia da vontade, como esclarece Gustavo Tepedino. O primeiro deles seria no aspecto subjetivo, com “a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada”,⁴⁴ através da preocupação com a vulnerabilidade dos indivíduos, abandonando a ideia de uma hipotética igualdade absoluta entre eles. “Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano V, nº 5 - 2003-2004.

alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito, mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante”.⁴⁵

A segunda mudança ocorrida seria no aspecto objetivo, já que a “autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado”,⁴⁶ especialmente em virtude das mudanças tecnológicas que ocorreram na sociedade.

A importância dessa alteração objetiva foi também notada por outros doutrinadores, a exemplo de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, ao esclarecer que a transição da autonomia privada para a autonomia da vontade foi importante para afastar a ideia da onipotência da vontade como elemento, por si só, suficiente para a criação de efeitos jurídicos, posto que o elemento anímico só estará apto a produzir tais consequências, caso sua manifestação ou declaração encontrem-se disciplinadas pelo ordenamento e em consonância com todos os pressupostos de validade que forem exigidos.⁴⁷

Por fim, assevera Tepedino, a terceira mudança encontrava-se no plano do aspecto formal, uma vez que a forma dos atos jurídicos, que estava tradicionalmente atrelada à questão da segurança patrimonial, “passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade”.⁴⁸ Assim, a elaboração de instrumentos contratuais de massa, como os formulários-padrão, contratos de adesão e as cláusulas gerais deve proteger aquele que não os elaborou, em virtude da vulnerabilidade deste contratante.

Essa modificação se ampara no surgimento de valores sociais e jurídicos diversos que fazem com que o individualismo egoístico seja deslocado para um segundo plano, dando margem à atuação de referenciais calcados na socialização, despatrimonialização e na chamada repersonalização do Direito Civil, fato percebido por Paulo Nalin (em que pese o autor não se utilizar da expressão “autonomia da vontade”, sempre a designando como autonomia privada):

A doutrina brasileira percebeu o deslocamento do foco contratual, que enseja a referida crise da autonomia privada, muito antes da vigente codificação civil se tornar uma realidade positiva. Nesse sentido, discutia-se acerca da tutela da confiança negocial como demonstração da primazia da pessoa, uma vez

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano V, nº 5 - 2003-2004.

⁴⁶ Idem, s/n.

⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52-53.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano V, nº 5 - 2003-2004

objetivada a vontade negocial. A lição vem sendo acompanhada pela doutrina, portanto, a sustentar o deslocamento do eixo da relação contratual '[...] *da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança*', e a emprestar sentido aos inúmeros dispositivos do Código Civil que invocam esta relevante mutação.⁴⁹

Destarte, percebe-se que a deflagração de efeitos jurídicos não decorre exclusivamente da manifestação da vontade, como tradicionalmente se concebia, mas, da consonância da declaração/manifestação volitiva com o ordenamento jurídico.

Uma vez atendidos os pressupostos de validade, reconhece-se ao ato praticado o poder de deflagrar efeitos jurídicos, dentro da margem de liberdade que o Estado concede ao indivíduo para regulamentação dos seus interesses.

Colocadas estas considerações básicas sobre a modificação do conceito clássico da autonomia, necessário se faz registrar que o assunto será retomado em tópico específico quando da análise da autonomia diante da sociedade de consumo.

2.1.2 A força obrigatória

O segundo princípio clássico a ser abordado é o da força obrigatória do contrato, uma vez que é consequência lógica da obrigação firmada entre as partes, como expectativa natural do cumprimento do que foi estabelecido entre os contratantes.

Mais que uma regra de conteúdo moral, o ajuste decorrente dos pactos reclama a exigibilidade do conteúdo contratual, como uma forma de garantia de que serão obedecidas as condutas positivas e/ou negativas que foram deliberadas pelas partes para o alcance dos seus interesses. É elemento de garantia e de harmonia social, posto que estabelece uma forma pacífica para o alcance dos desejos dos contratantes.

O estudo do princípio da força obrigatória dos contratos leva usualmente à menção do brocardo "*pacta sunt servanda*" (traduzido como "o pacto faz lei entre as partes"), uma vez que o que foi pactuado entre as partes poderá ser exigido, inclusive através do auxílio da força coercitiva do Estado-Juiz, como forma de estabelecer a irreatabilidade do convencionado, e, conseqüentemente, a segurança jurídica entre as partes envolvidas no contrato.

A conjugação da manifestação de vontade do contratante, como emanção da autonomia, com a noção de obrigatoriedade do pactuado, enseja a deflagração de efeitos

⁴⁹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Autonomia privada na legalidade constitucional. In NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord.). **Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual. Vol. 2.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 24-25.

jurídicos, desde que se verifique a obediência aos elementos dos planos da existência e validade do negócio jurídico, sem se descuidar de outros institutos jurídicos, relacionados com os princípios atuais do contrato.

O princípio da força obrigatória, em sua noção clássica, previa, diante da irretratabilidade do contrato, que a parte não podia se escusar do seu cumprimento, ainda que o trato firmado viesse a ser substancialmente prejudicial aos interesses e à capacidade econômica de adimplir a obrigação firmada, posto que o enlace contratual justificava-se como um mecanismo de restrição voluntária, consciente e entre contraentes de igual poder, impedindo qualquer tentativa de refutação do acordo, salvo a ocorrência de algum vício de vontade e violação de normas de ordem pública.

Retratando a noção clássica do princípio da força obrigatória, Orlando Gomes asseverava que ele obrigava as partes, independentemente das circunstâncias para seu cumprimento, desde que estipulado validamente, daí decorrendo sua intangibilidade posto que irretratável.

Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade, cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.⁵⁰

A rigidez e inafastabilidade deste preceito derivava não só da segurança jurídica, mas, também, por conta do interesse da classe econômica dominante, a burguesia, em fazer valer o poder que lhe era assegurado pela possibilidade de predisposição das cláusulas contratuais, em detrimento daqueles que, débeis em sua capacidade de opor fundada resistência ao conteúdo do enlace, tinham que anuir ao que lhes era proposto, pela necessidade de ter o bem ou o serviço à sua disposição.

O binômio interesse econômico-garantia jurídica assegurado pela imutabilidade do conteúdo contratual foi campo vasto para os abusos perpetrados por aqueles que, cientes de seu poder de fazer valer seus interesses comerciais, agiam sem limitações, posto que acobertados pela filosofia liberal de que o mercado deveria ditar as regras de contratação, sem ingerência estatal (*laissez faire, laissez aller, laissez passer*), como uma resposta forma de repulsa ao regime do mercantilismo, outrora praticado pelo Estado e que era prejudicial aos propósitos da burguesia comerciante.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2008, p. 38.

Analisando o atrelamento entre a liberdade ilimitada de contratar e a obrigatoriedade contratual, Enzo Roppo afirma que, sob o fundamento de que o indivíduo poderia ou não contratar, mas, uma vez celebrado o contrato estava irrevogavelmente preso ao que se comprometera, não apenas por um vínculo de natureza moral, mas essencialmente pelo viés econômico, posto que sua violação comprometeria a lógica do sistema:

Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: «pacta sunt servanda». Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (justamente no tornar «previsíveis» e «calculáveis» as operações económicas, de resto, Max Weber individualizava uma das funções fundamentais atribuídas ao instrumento contratual num sistema capitalista); condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.⁵¹

Na verdade, toda essa construção estrutural deriva da percepção do ser humano, em sua vertente econômica, do hoje chamado *homo economicus*,⁵² desvinculado de qualquer contextualização acerca de sua dignidade, até porque a construção deste valor é de natureza recente diante de todo o percurso histórico do Direito.

O atrelamento aos valores do individualismo, embora importante naquele momento histórico, como um mecanismo de reação ao arbítrio desmesurado do Estado em épocas pretéritas, acabou servindo de móvel para excessos decorrentes da própria rigidez que vigorava no tocante à autonomia dos indivíduos, pautada em uma hipotética igualdade de condições entre eles.

Nessa fase inicial, a imutabilidade contratual era a tônica, e, portanto, a obrigatoriedade do pacto era consequência desse estado de coisas, ensejando pouca margem para a interferência judicial no conteúdo do que foi ajustado entre as partes. Não é sem razão que o Código Civil francês de 1804 estabelecia em seu artigo 1.134 que “as convenções legalmente formadas têm força de lei para os que as contraírem”.

⁵¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina. 2009, p. 34-35.

⁵² O termo *homo economicus*, embora não cunhado por John Stuart Mill, é atribuído ao seu trabalho, pois desenvolveu o método de pesquisa econômica com base na pressuposição de que os homens são guiados sempre pelos seus próprios interesses, segundo Róber Iturriet Avila: Construção do *homo economicus* e a sua necessária desconstrução. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22665/000733948.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 dez 2017.

Exemplifica esse panorama, Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior, ao citar um julgamento, ocorrido em 1875, que alterou o status do contrato no Direito Inglês para identifica-lo com as ideias liberais, informando que o Master of the Rolls, Sir George Jessel, asseverou num trecho do julgado, “que homens maiores e de suficiente entendimento deviam ter a liberdade máxima de contratar, e que seus ajustes, quando feitos de maneira livre e voluntária deveriam ser tidos como invioláveis e deviam ser tornados obrigatórios pelas cortes de justiça”.⁵³

Com o reconhecimento gradual da severidade excessiva dos pactos e da presença de elementos socializantes na interpretação das normas jurídicas é que esse quadro começa a apresentar sinais de mudança para atenuar o rigor da obrigatoriedade dos contratos.

Comentando sobre essa fase incipiente, a qual Darcy Bessone denomina de dirigismo contratual, aduz:

As intervenções legislativas se multiplicam. [...] Eis aí uma longa série de medidas contrárias à autonomia da vontade e aos princípios clássicos *pacta sunt servanda* ou *o contrato é lei entre as partes*. [...]. Paralelamente, o juiz contorna os textos por processos engenhosos, por vias oblíquas, e faz sair da convenção, como assinala JOSSERAND, obrigações com as quais as partes sequer haviam sonhado. Faz a revisão dos contratos, atenua o seu rigor, protege e ampara os fracos. Adapta o Direito às realidades que desafiam a sua decisão, para as quais os Códigos não fornecem soluções adequadas. Constrói, à margem da lei, sedutoras teorias, como a do abuso de direito, criação nitidamente jurisprudencial)⁵⁴

Toda a evolução sofrida pelo contrato ao longo dos anos, notadamente por efeitos de movimentos que ensejaram uma leitura socializante daquele instrumento jurídico, fez com que se buscasse alternativa para a mitigação do rigor do contrato, como aconteceu, notadamente após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), com a aplicação de várias fórmulas para atenuar a desproporção causada nos contratos em decorrência daquele conflito.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que o desequilíbrio significativo que foi gerado para os contratos a longo prazo, em virtude da 1ª Guerra Mundial, afetando a economia e gerando benefícios excessivos a um contratante com extremo prejuízo ao outro, fez com que os juristas usassem meios jurídicos para sanar este quadro. Na França, foi editada a Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918. Na Inglaterra foi concebida a doutrina

⁵³ SLAWSON, W. David. **Biding Promises: The late 20th-Century Reformation of Contract Law**. Nova Jersey: Princeton, 1996, p. 13 (itálicos do texto original) apud LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

⁵⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 53-54.

da Frustration of Adventure, enquanto na Itália foi retomado o uso da cláusula *rebus sic stantibus*.⁵⁵

Percebe-se, assim, que houve um abrandamento da regra do *pacta sunt servanda* por intermédio do renascimento da antiga cláusula *rebus sic stantibus* (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*), extraída do Direito Canônico, “segundo a qual nos contratos comutativos de longo prazo, a execução devia ser feita sob o pressuposto de terem as condições externas permanecido imutáveis”, o que acabou sendo o fundamento da teoria da imprevisão.⁵⁶

Atualmente, em nossa legislação, a força obrigatória encontra-se atenuada por diversas teorias calcadas na onerosidade excessiva, na base objetiva do negócio jurídico (Larenz) e na própria forma de interpretação do contrato, como se vê, exemplificativamente, do teor dos artigos 112 (Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem), 113 (Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração), 421 (A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato), 422 (Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé), 423 (Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente), todos do Código Civil de 2002, e no artigo 6º, inciso V (a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas) do CDC.⁵⁷

Embora o artigo 478 do Código Civil, por sua própria redação e disposição topográfica neste diploma normativo, tenda a ser, a princípio, o principal referencial

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Contratos e responsabilidade civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 163.

⁵⁶ STOLZE, Pablo. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2206>>. Acesso em: 30 jul. 2017. Registre-se, porém, a existência do fundamento desta teoria desde o Código de Hamurabi, pois a Lei 48 determinava que “se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁵⁷ Flávio Tartuce chega a afirmar que não seria exagerado afirmar que a força obrigatória tende a desaparecer para ser substituída pelos princípios da conservação do contrato e da boa-fé objetiva, em uma feição de tutela de confiança. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 623.

acerca da onerosidade excessiva, acabou por representar um foco de críticas doutrinárias pela sua pequena aplicabilidade prática, não só em decorrência da dificuldade em se reunir todos seus elementos, assim pelo direcionamento que dá ao problema, encaminhando-o para a resolução contratual.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de revisão ou adequação da avença firmada pauta-se mais em elementos objetivos calcados na justiça contratual que, em situações imprevisíveis e extraordinárias, em razão da dificuldade de sua incidência, notadamente na forma preconizada pelo citado artigo 478 do Código Civil, dispositivo que não reflete a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, sendo necessária a edição de vários Enunciados das Jornadas de Direito Civil para dar interpretação adequada e útil, notadamente para atender à ideia da preservação dos negócios jurídicos (*utile per inutile non vitiatur*).⁵⁸

Essa mudança de perspectiva quanto ao artigo em comento, no que concerne à previsão de ocorrência da imprevisibilidade e extraordinariedade, justifica-se, inclusive, pela necessidade de o contrato adaptar-se às modificações da estrutura socioeconômica ora vigente, como reconhece Arnoldo Wald, ao afirmar que “num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição de sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia, e da imprevisão institucionalizada”.⁵⁹

É no campo do direito do consumidor que a força obrigatória sofreu maior mitigação, pela existência de uma disparidade de forças nas relações negociais de consumo, em consequência de diversos fatores que tornam desiguais os meios de análise e de autonomia em relação aos contratos, causando um abismo que separa os fornecedores dos consumidores, justificando, por conseguinte, que se adote uma proteção diferenciada com o escopo de se obter um equilíbrio no enlace contratual, evitando eventuais abusos perpetrados contra o polo mais frágil da relação.

Essa disparidade faz com que o CDC reconheça a vulnerabilidade do consumidor, sendo que Claudia Lima Marques, ao versar sobre o tema, afirma que ela seria em quatro vertentes: técnica, jurídica, fática e a que ela considera como básica dos consumidores; a informacional. A vulnerabilidade técnica se origina do fato de que o comprador ou tomador do serviço não detém conhecimentos específicos acerca da coisa

⁵⁸ Cite-se, neste sentido, os Enunciados 17 da I Jornada, 175 e 176 da III Jornada e, 365 e 366 da IV Jornada.

⁵⁹ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro - **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Ano IV, número 08. Rio de Janeiro, 1º semestre de 2000, p. 56.

adquirida ou serviço prestado, o que pode leva-lo ao engano. A vulnerabilidade jurídica ou científica deriva da ausência de conhecimentos sobre temas relacionados não só ao Direito, mas a de outras áreas, a exemplo, de contabilidade ou de economia. Por sua vez, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da posição privilegiada que o fornecedor ou prestador de serviços na cadeia de produção possui ou pela essencialidade do serviço, fazendo com que aquele com quem ele contrate fique à mercê da vontade do fornecedor. Por fim, tem-se a vulnerabilidade informacional, decorrente do déficit de dados necessários, posto que, mesmo naquelas situações onde a informação seria fornecida, ela seria, em regra, manipulada ou desnecessária para os elementos essenciais da relação.⁶⁰

Percebe-se, portanto, que o reconhecimento da fragilidade do contratante, notadamente nas relações de consumo, onde se declarou *ope legis* sua vulnerabilidade diante do mercado, também serve de norte para o entendimento e justificativa para as limitações impostas ao princípio da força obrigatória do contrato, ao lado dos princípios modernos da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que serão objeto de estudo em tópicos seguintes.

2.1.3 A eficácia relativa dos efeitos do contrato

O terceiro princípio clássico abordado é o da relatividade dos efeitos do contrato, o qual se baseia na ideia geral de que as obrigações estabelecidas na relação contratual apenas obrigam os contratantes, tendo sua exigibilidade limitada aos contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros (*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*), exceto em determinadas hipóteses em que os efeitos do contrato ultrapassam a esfera de interesses dos contratantes alcançando de direitos alheios, a exemplo das estipulações em favor de terceiros, convenções coletivas e nas situações do fideicomisso.

A ideia tradicional da eficácia relativa dos efeitos do contrato também estava associada às noções da autonomia da vontade, uma vez que ninguém se obrigava contra sua própria vontade, nem se impunha a exigibilidade de qualquer conduta a outrem sem o desejo deste.

Esse pensamento foi exposto na obra de Pothier, ao dizer que “quando eu tenho estipulado alguma coisa de vós para um terceiro, a convenção é nulla; porque vós

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 326-338.

não contrahis por esta convenção obrigação alguma, nem para com esse terceiro, nem para comigo”,⁶¹ a demonstrar o atrelamento da relatividade com a autonomia.

O Código Civil francês de 1804 reafirma este posicionamento no artigo 1.165,⁶² ao estabelecer que as convenções produzem efeitos somente entre as partes contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros, excetuando apenas no caso do artigo 1.121, que se refere à estipulação em favor de terceiro, todavia, esta exceção em nada compromete o enunciado, posto que o terceiro terá de manifestar sua vontade pela aceitação do benefício.

Desta forma, segundo afirma Felipe Raminelli Leonardi, o princípio da relatividade permaneceu íntegro e inatacável durante o período da ideologia da liberdade contratual, só passando a ter alguma modificação, com a revisão das bases da teoria contratual, especialmente após a primeira metade do século XIX, quando as concepções pautadas na hipotética isonomia dos contratantes passaram a ser criticadas de forma mais contundente, como consequência do reconhecimento da alteração da realidade social, desde as “modificações do modo de produção, concebido agora como produção em massa, até o próprio papel do Estado, dito então Estado Social ou Pós-Social”, influenciando no próprio conceito de autonomia da vontade, que passa a ser vista pelo prisma da autonomia privada.⁶³

Essa transformação foi igualmente identificada por Orlando Gomes ao considerar que o contrato “deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade”,⁶⁴ posto que refletia, de certa forma, as mudanças sociais levadas a efeito, fazendo com que o contrato, instrumento de regulação de interesses privados, migre do indivíduo para o social, o que Antonio Junqueira de Azevedo designou de “processo de

⁶¹ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. Trad. de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906. t. I, p. 4, apud. LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Privado**, v. 13, n. 49, p. 157, jan./mar. 2012.

⁶² Em tradução livre: artigo 1.165 As convenções só têm efeito entre as partes contratantes; não prejudicando o terceiro, e eles o beneficiam apenas no caso previsto pelo artigo 1.121 (Article 1.165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1.121).

⁶³ LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Privado**, v. 13, n. 49, p. 147-185, jan./mar. 2012.

⁶⁴ GOMES, Orlando. A função do contrato. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 102.

acomodação”⁶⁵ para representar esta transição dos parâmetros clássicos aos novos princípios contratuais.

Afastada a visão individualista do contrato, e sendo-lhe atribuída nova feição, de natureza socializante, como será abordado adiante, tal princípio foi abrandado para que seja contextualizado com as novas demandas sociais que estão subjacentes ao contrato, fato que foi também percebido por Humberto Theodoro Neto, ao analisar o panorama tradicional e discorrer sobre as alterações conduzidas acerca da relatividade contratual, especificamente quanto à questão da oponibilidade em face de terceiros, ao ter afirmado que:

A ideia de oponibilidade deve ser tida como necessária a partir da tomada de conscientização do contrato como um dado social, e não como mera expressão de individualismo. E, de fato, o contrato não deve mais ser visto meramente como um instrumento para a relação de interesses próprios de um só indivíduo, mas deve sempre ser considerado como fato socialmente relevante. Por isso se diz que os contratos e as situações jurídicas contratuais podem, como fatos sociais que são, ser invocados pelas partes em face de terceiros e, em dadas circunstâncias, mesmo pelos terceiros em face das partes. Constata-se uma evolução na análise do princípio da relatividade do contrato, de forma técnica e sistemática, através da distinção entre o *efeito obrigatório* do contrato e a *oponibilidade* da situação jurídica que dele deriva.⁶⁶

Ao ser estabelecida uma nova feição para o contrato, notadamente em virtude das modificações engendradas pelo princípio da função social, este instituto passa a não mais ser visto tão somente pelo prisma dos seus participantes, mas, também e essencialmente, como um instrumento concretizador de um plano muito maior previsto pela Constituição Federal de 1988, para o alcance da redução das desigualdades através dos mecanismos para desenvolvimento da solidariedade social.

Assim, os efeitos do contrato no tocante a terceiros terão sua feição realçada, posto que não se limitarão àquelas contratações onde se estabeleça uma vinculação específica, a exemplo das estipulações em favor de terceiros, mas passarão a exigir condutas de respeito às relações constituídas, via de regra, por meio de abstenções, de posturas de não interferência sobre a execução do que foi acordado.

Daí a relevância sobre o que se denomina de tutela externa do crédito, como reflexo do imbricamento entre a eficácia relativa dos contratos e a oponibilidade. Como anota Rosalice Fidalgo Pinheiro, há uma relação de complementaridade entre esses

⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

⁶⁶ THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiro. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 64 (itálicos do texto original).

conceitos, posto que, enquanto o primeiro refere-se à ideia de vinculação entre as partes contratantes, fazendo com que as condutas ajustadas no enlace contratual, só delas seja exigível, revelando a eficácia interna daquele fenômeno; a oponibilidade refere-se ao aspecto exterior, posto que deflagra a irradiação do dever de abstenção, de respeito ao contrato firmado, ensejando a responsabilidade daqueles que, embora não vinculados ao contrato, tenham causado algum dano ao credor.⁶⁷

Assim, a tutela externa do crédito representa a proteção dada ao conteúdo contratual, para que se evitem interferências nocivas de terceiros contra o seu pleno desenvolvimento.

Essa guinada reverbera inclusive na distinção entre o que Pietro Perlingieri chama de situações absolutas e relativas, ao tratar das situações reais e das de crédito, ao afirmar que teria havido a perda da importância de diferenciação entre elas, posto que “com fundamento no dever de solidariedade e da conseqüente responsabilidade, todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos”.⁶⁸

A extensão dos efeitos decorrentes do contrato e da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, através dos deveres gerais de conduta, conduz à sugestão formulada por Bruno Schmidlin, no sentido de estabelecer a diferenciação da relatividade em dois níveis: um a nível do contrato e doutro do contato. No primeiro nível permanece a ideia tradicional de não atribuição de efeitos àquele que não participa da relação obrigacional, por não ter manifestado seu consentimento. Assim, a relatividade estaria restrita ao núcleo obrigacional, conseqüentemente, ao dever de prestação. No que concerne ao segundo nível da relatividade, haveria uma vinculação ao contato, representando os efeitos exteriores da relação jurídica contratual, alcançando terceiros, desde que tenham conhecimento acerca da existência do contato.⁶⁹

Apresentados os princípios clássicos, faz-se necessário debruçar sobre os novos princípios da teoria contratual.

⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335-336.

⁶⁸ 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. 140.

⁶⁹ SCHMIDLIN, Bruno. La stipulazione e la sua estensione ai terzi: la responsabilità nel contatto contrattuale. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-compartistica — IV Congresso Internazionale Aristec. Roma. 13-16.09.1999. A cura di Letizia Vacca. Torino: Giappichelli, 2001. p. 123-126, apud. LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Privado**, v. 13, n. 49, p. 177-178, jan./mar. 2012.

2.2 - OS PRINCÍPIOS MODERNOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma a existência de novos princípios relacionados à teoria contratual; quais sejam: a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio material, a seguir expostos. Antes, contudo, de tecer comentários sobre estes novos princípios para a teoria geral dos contratos, é indispensável abordar a questão da constitucionalização do Direito Civil, uma vez que ela influenciou de forma determinante nas mudanças em institutos essenciais de tal ramo do Direito.

Como já expendido, as influências históricas que marcaram o Direito Civil desde o fim do século XIX, e que eclodiram com mais vigor no século XX, causaram a modificação substancial dos institutos clássicos, a exemplo do contrato, da propriedade e da família, como forma de tentar acompanhar a mudança social, dos valores e da forma de se relacionar, e das novas demandas trazidas por uma sociedade massificada e pós-moderna.

A própria mudança do papel do Estado, migrando de sua feição liberal, não intervencionista, para se tornar responsável pela realização de políticas públicas propiciadoras de condições sociais mínimas para a população, já na concepção do Welfare State, fez com que fossem repaginados tradicionais institutos jurídicos para que pudessem se adequar a uma sociedade em radical transformação.

Não é sem razão que, com a interferência estatal na economia e nas relações contratuais, até a própria *summa divisio* perde boa parte de sua razão de ser diante do entrelaçamento entre o direito público e o privado, dada a necessidade de regulamentação de áreas sensíveis onde a hipotética igualdade entre os indivíduos já se revelara falaciosa e pernóstica à possibilidade de um desenvolvimento igualitário e sadio da sociedade.

A doutrina costuma apontar o período após a 1ª Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 a 1918, como o início da mudança do papel do Estado para a inclusão de regras sociais, a exemplo da Constituição do México (1917) e da República de Weimar (1919), por sua importância precursora na inclusão de tais normas em sede constitucional. Contudo, após o fim das atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários nazifascistas, e pelas barbáries praticadas no leste asiático durante conflito entre o Japão e a China e países vizinhos, a ideia de inclusão de normas garantidoras dos direitos

humanos tornou-se uma tônica entre quase todas as constituições do mundo ocidental, inclusive naquelas sociedades que mais se utilizaram da legitimação de suas condutas abusivas pelo próprio reconhecimento do ordenamento jurídico, a exemplo da Alemanha e da Itália.

No sombrio panorama existente após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), desenhado por uma Europa esfacelada econômica e moralmente, o compromisso de não mais repetir os erros do passado, fez-se presente nas Cartas Políticas, como forma de sepultar o espectro de uma nova tragédia mundial.

O Estado precisava reinventar-se; assumir um papel que estava sendo chamado a responder diante das demandas capitaneadas especialmente pelos movimentos socialistas e de natureza semelhante que clamavam pela proteção das massas desprotegidas em um sistema liberal em que a liberdade oriunda da suposta igualdade tornava os cidadãos escravos dos contratos e ao desamparo das preocupações estatais, uma vez que a formulação do Estado, concebido no perfil talhado pelo liberalismo, carecia de uma mudança do seu modelo constitucional, como reconhece Paulo Bonavides, ao se referir sobre a ineficácia de tal sistema quanto à proteção dos fragilizados:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens. Comunicá-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significava já um passo em falso na firmeza da teoria liberal. E isto foi uma das primeiras transformações por que passou o liberalismo. Mostrava-se, aí, com raro poder de evidência, a face dialética em que se movia historicamente a sociedade humana.⁷⁰

A mudança dos objetivos estatais, notadamente ao passar a exercer a feição de Estado Democrático de Direito, refletiu-se em vários ramos do ordenamento jurídico, inclusive, no Direito Civil, em virtude de seus institutos serem utilizados na vida diária dos cidadãos, promovendo a releitura dos seus institutos, como mencionado anteriormente.

Observada a necessidade de reconstituição das relações privadas, elas tiveram que se submeter à concepção estatal dos desígnios sociais, o que foi reconhecido em nosso ordenamento, através do intuito de que esta nova formatação dê ensejo a uma sociedade justa, fraterna, livre e solidária, como estabelece a Carta de 1988, fazendo com que não

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188.

se possa mais conceber a interpretação das normas de Direito Civil em colisão aos valores maiores estabelecidos pela Constituição.

Na verdade, o processo de constitucionalização reflete as alterações sistemáticas ocorridas no Direito Civil, expurgando a ideia do Código Civil como centro das relações privadas; como a constituição do homem comum, em decorrência das modificações histórico-sociais que demonstraram a incapacidade de se ter a permanência do dogma da completude, como chamava Bobbio, ao se referir à pretensão de que o Código Civil resolvesse todas as questões relacionadas ao direito privado, pois a “miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”.⁷¹

Por certo que este processo não poderia ter se dado de forma automática, não só porque os fatores que o impulsionaram foram gradualmente se assentando na sociedade e exigindo uma nova postura em relação ao papel do Estado, bem como em virtude de o Direito Civil ser muito mais antigo que o próprio Direito Constitucional, e ter aquele ramo uma aplicabilidade prática mais perceptível aos cidadãos justamente pelo regramento das suas atividades diárias, em setores sensíveis e costumeiros de suas vidas, envolvendo a família, a propriedade, o contrato, entre tantos outros atos que são regidos pelo Código Civil ou pela legislação extravagante de natureza privada. Tendo a Constituição um papel hierárquico superior, mas com a presença de normas de maior vagueza e de menor concretude, carecendo, muitas vezes, da complementação pela legislação infraconstitucional, não era de se espantar uma certa rejeição à modificação de valores já consolidados em matéria privada, posto que a longevidade do direito civil criou essa estabilidade em relação a certos institutos, como nota a lição de Paulo Lôbo:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Sua lenta elaboração vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu. Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.⁷²

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 121.

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

A predominância do Direito Civil, através do Códigos derivava de uma estrutura concebida nos moldes do sistema jusnaturalista e racionalista, em que se priorizava os interesses dos particulares no ordenamento jurídico, incluindo-se as normas que os asseguravam perante o Estado, e não sem razão que Michele Giorgianni afirma:

[...] Esse significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século XIX [...] é imanente neles, se se fixar a ideia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíam, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à ideia liberal.⁷³

Nesse sentido também é a narrativa feita por Eugênio Facchini Neto ao analisar o percurso histórico do processo de constitucionalização do direito privado, esclarecendo que ele pode ser descrito de várias formas, sendo que a primeira delas, refere-se à época do liberalismo clássico, correspondente do período das grandes codificações do direito privado do século XIX. Naquele momento histórico, pelo prisma ideológico, as constituições liberais funcionavam como códigos do direito público, em que se buscava regulamentar a organização do Estado, seus poderes, sua competência e estabelecer a forma de o Estado se relacionar com seus súditos, enquanto os códigos privados eram vistos como verdadeiras constituições do direito privado, em que não só disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, como marcavam a exclusão de intervenção estatal em sua área de interesse, fundado na liberdade econômica, como um reflexo da autonomia da vontade e da concepção individualista de propriedade privada.⁷⁴

Nesse período, em que o direito civil e o direito constitucional seguiam caminhos separados, os códigos privados serviam de mecanismo de impedimento à interferência estatal, não sem razão que as normas constitucionais tratavam das relações privadas apenas para reafirmar o princípio da autonomia da vontade e o direito sobre a propriedade, a exemplo da previsão acerca da inviolabilidade da propriedade, contida no art. 17 da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789; no art. 1º, n. 2, no art. 2º e artigo 16º da Constituição francesa do ano I (1793); do art. 29 da primeira constituição italiana após sua unificação da Itália, em 1861 (o chamado Statuto Albertino), ou, como foi em nosso ordenamento pátrio, quando assegurou a plenitude do direito de propriedade, na Constituição de 1824, em seu art. 179, n. 22, e no art. 72, §17

⁷³ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 747, 1998, p. 42.

⁷⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. RIDB, Ano 1 (2012), nº 1 –185-243. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 13 ago. 2017.

da Constituição de 1891.⁷⁵ Nota-se, portanto que as normas constitucionais, por seu cunho eminentemente político, e em virtude da separação entre as esferas daquele direito, ainda incipiente, e do Direito Civil, não tinham qualquer força ou interesse em efetuar qualquer alteração no paradigma das relações do direito privado.

Continuando a análise sobre as formas de percepção sobre o processo de constitucionalização do direito privado, Eugênio Facchini Neto trata do referencial mais atual que se desdobra tanto no fato de que certos institutos típicos dos códigos privados, a exemplo da família e da propriedade, começaram a ser tratados no bojo das constituições contemporâneas, quanto na acepção correspondente ao processo típico da hermenêutica contemporânea relacionada à interpretação conforme a constituição, à força normativa dos princípios, a distinção entre princípios e regras, e a aplicação de princípios constitucionais, na área dos direitos fundamentais individuais e sociais.⁷⁶

Na verdade, a dificuldade de se reconhecer a eficácia da constituição nos desígnios das áreas privadas decorre da consolidação de todo um pensamento secular que sempre afirmou a preponderância do direito privado em detrimento do direito público, em decorrência das mudanças ocorridas neste ramo, por conta da instabilidade política nas sociedades europeias, ocasionando alterações sensíveis na forma de exercer o poder e de estabelecer seu papel em cada sociedade já que constantes eram as trocas de governo em razão de guerras, revoltas, articulações políticas e toda a sorte de elementos que transformavam o perfil de cada nação.

Essa instabilidade típica do direito público da época, foi causadora da defesa efetuada por Immanuel Kant acerca do caráter perene do direito privado, reverberando suas ideias por muitos anos, a ponto de, no começo da década de 50 do século passado, Gustav Böhrer afirmar que “o Direito público passa, o Direito Privado permanece”.⁷⁷ Esta ideia de estabilidade do direito civil não deixa de ter certa lógica, uma vez que inúmeras são as situações em que se reproduzem fórmulas que remetem ao antigo direito romano, o que fomenta a defesa de uma pretensão de ocorrência do universalismo, característica própria das teorias gerais,⁷⁸ o que legitima a postura dos civilistas de

⁷⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. RIDB, Ano 1 (2012), nº 1 –185-243. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 13 ago. 2017.

⁷⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. RIDB, Ano 1 (2012), nº 1 –185-243. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 13 ago. 2017.

⁷⁷ BÖHRER, Gustav. *Apud*: NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *Revista Jurídica*, ano 52, n. 326 (dez. 2004). Porto Alegre: Nota Dez, p. 08.

⁷⁸ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do Direito Civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Disponível em: <https://www.academia.edu/593986/>. Acesso em: 07 dez. 2017.

defender a existência de um “conjunto de noções jurídicas universalmente válidas e aplicáveis a qualquer sociedade, no tempo e no espaço”.⁷⁹

Ainda que esta visão tendente ao universal e desatrelada da historicidade que é inerente ao fenômeno do Direito não seja adequada para fundamentar sua afirmação, não deixa de explicar o raciocínio de outrora acerca da preponderância do direito privado sobre o público, contudo, não se mostra apta a ser aplicada em tempos atuais, haja vista que “a imprestabilidade destas explicações gerais é evidenciada quando se enfatiza a dimensão ideológica do fenômeno jurídico”.⁸⁰

Tal guinada hermenêutica se tornou essencial para fazer uma transição quanto à forma de se analisar os institutos de direito privado, deslocando-se a preocupação do aspecto estrutural, muitas vezes propiciadora de uma análise estéril do direito, imune a qualquer valoração metajurídica, para priorizar sua análise funcional, permitindo que o intérprete não se torne escravo da literalidade da lei, outorgando-lhe um papel criativo em sua aplicação, embora não derivado do seu puro arbítrio, posto que sempre vinculado à realização dos valores constitucionais, e em consonância com os valores sociais e culturais que se conectam com o Direito.⁸¹

Este processo gradual de constitucionalização do direito privado caminha lado a lado com a intervenção estatal na Economia, através do dirigismo contratual, e com o estabelecimento de mudanças significativas até na própria técnica legislativa, para que o Estado possa alcançar seus novos objetivos, ao buscar metas econômicas, estabelecer finalidades sociais por meio de políticas públicas, determinar prioridades em termos de financiamentos, conceder incentivos fiscais e subsídios, bem como intervir na produção, na distribuição e no abastecimento de produtos essenciais,⁸² saindo da inércia em que vivia em tais matérias.

Ainda que não se tenha alcançado os ideais de redução das desigualdades e a construção da tão esperada sociedade fraterna e solidária, notadamente pela incapacidade e/ou falta de compromisso estatal com esses objetivos, associado a uma sedimentação das

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado social**. Recife: UFPE (Dissertação de Mestrado), 1981, p. 11.

⁸⁰ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do Direito Civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Disponível em: <https://www.academia.edu/593986/>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁸¹ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Volume 10 – Out /Dez 2016, p. 14.

⁸² TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. [Syn]Thesis, **Rio de Janeiro**, vol.5, nº 1, 2012, p. 16.

instituições de grande poder econômico que costumam estabelecer as regras de mercado chegando, em muitos casos, a subjugar o poder estatal, ao menos, se tem, com o processo de constitucionalização e com os valores fundantes expostos na Constituição Federal de 1988, a exemplo da dignidade da pessoa humana, os esteios para tais pretensões.

Como anotado por Ricardo Aronne, a tentativa de resolução da problemática social através de uma nova leitura do Direito Civil, não representa uma perda da racionalidade, mas o surgimento de um novo referencial, decorrente da interpretação conforme a Constituição Federal e sua pauta valorativa:

Trata-se de um repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos, e sim, pela Lei Maior, que a fundamenta.⁸³

Cabe, portanto, agora, analisar os novos princípios da teoria geral dos contratos, em virtude da importância que tais elementos trouxeram para a nova sistemática contratual ao incorporarem as evoluções sociais e serem instrumentos de efetivação dos ditames constitucionais em matéria privada.

2.2.1 A boa-fé objetiva

Antes de ingressar na análise acerca da boa-fé objetiva, se faz necessário discorrer sobre a boa-fé subjetiva, uma vez que sua aplicação se fez mais presente em nosso ordenamento jurídico, sendo a versão objetiva da boa-fé, figura de inserção recente, apesar de ter constado no art. 1.954 do Esboço do Código Civil, elaborado por Teixeira de Freitas, em 1855, mas não incorporada posteriormente no Código Bevilacqua,⁸⁴ e mesmo com a previsão expressa dos artigos 130 e 131 do Código Comercial de 1850,⁸⁵

⁸³ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

⁸⁴ Art. 1.954: Os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, sob pena de responsabilidade pelas faltas (arts. 844 a 847) segundo as regras do art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, equidade ou costume. Disponível em: http://direitocivildigital.com/?page_id=4159. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁸⁵ Assim previam os artigos 130 e 131 do Código Comercial: art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa. Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

permaneceu como “letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”,⁸⁶ como afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

A noção de boa-fé subjetiva encontrava forte lastro na ideia do direito canônico, atrelado a valores éticos e sua completa subjetivação, como esclarece Judith Martins-Costa, ao citar as lições de Pothier, afirmando, por exemplo, que só aquele que atacava a boa-fé diretamente é que praticaria o dolo capaz de rescindir o contrato, porque peca contra a boa-fé que deve reinar entre os contratos. É interessante notar que mesmo o negócio firmado com dolo não seria necessariamente nulo, porque o consentimento, ainda que dessa forma, não deixa de ser consentimento.⁸⁷

Registre-se que o Código Civil Francês apesar de ter, de uma certa forma, definido a boa-fé, em seu art. 1.135,⁸⁸ não teve aplicação expressiva, em decorrência da postura da Escola da Exegese, segundo afirma, Maria Cristina Cereser Pezzella.⁸⁹

Esclarece António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro que a boa-fé subjetiva encontrou mais amplitude na matéria possessória, até porque a própria estrutura desta figura deriva, de uma certa maneira, à antiga noção da *bonae fidei possessio*, cuja noção foi estabelecida no *Corpus Iuris Civilis* e se desenvolveu tanto no direito comum quanto no canônico.⁹⁰ Vale registrar, contudo, que, na passagem do direito romano para o canônico houve uma mudança, pois aquele efetuava a bipartição da boa-fé, aplicando-a para as obrigações ou para a posse, enquanto o direito canônico reduziu sua percepção à ideia do pecado, ou, na verdade, equiparando-a à ausência de pecado.⁹¹

Considerando-se que o direito privado costumava aplicar a noção de boa-fé subjetiva, uma vez que ele se pautava na postura do *bonus pater familias*, indivíduo padrão no marco do liberalismo, invocamos as lições de Menezes Cordeiro sobre a boa-fé subjetiva no regime português, ao informar que ela “traduz um estado de ignorância

⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 20-26, abr./jun. 1995.

⁸⁷ Pothier, *Traité des obligations*, Paris, Librairie de L'Oeuvre de Saint Paul, 1883, I, 4, p. 17, apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 199-201.

⁸⁸ Art. 1.135 - Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Em tradução livre: As convenções obrigam não somente ao que está expresso, mas ainda a todas as consequências que a equidade, o uso ou a lei dão à obrigação, conforme sua natureza.

⁸⁹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. A boa-fé no direito: o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro - **Síntese Trabalhista nº 103** - jan/1998, p. 131.

⁹⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina. 2007, p. 413.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130.

desculpável, no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades”,⁹² mencionando o conteúdo ético e psicológico envolvido na definição, entendendo que a desculpabilidade que enseja a consideração da boa-fé do indivíduo, “corresponde a um juízo cuja fonte objectiva reside no acatar de bitolas normativas de actuação”.⁹³

Quanto à ausência de conhecimento acerca de alguma eventual mácula no negócio jurídico, afirma Jorge Mosset Iturraspe, como característica da boa-fé subjetiva, que ela “protege o contratante que age com base na confiança que tem na existência de um negócio aparente; que não pode advertir o cocontratante ou terceiro de um erro não reconhecível”.⁹⁴

Neste sentido também é a lição de Judith Martins-Costa, ao pontuar que a boa-fé subjetiva se refere ao estado de consciência do agente ou do seu convencimento acerca de estar agindo de acordo com o direito aplicável ao caso concreto, notadamente no campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória, posto que a posse de boa-fé ocorre quando o sujeito desconhece o vício que macula sua posse.⁹⁵

Por sua vez, a boa-fé objetiva é apontada como decorrente da experiência jurídica germânica, notadamente em decorrência da previsão do § 242 do seu Código Civil (BGB), de 1900, ao estabelecer que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.⁹⁶

Menezes Cordeiro afirma que a boa-fé emerge do BGB como confluência de alguns elementos jusculturais, quando de sua criação. Um deles era a separação sistemática entre a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) e a subjetiva (*Guten Glauben*); o outro era a percepção da necessidade de um instituto que fosse capaz de não desprezar o conhecimento extra científico da boa-fé comercial, adquirido pela jurisprudência alemã, e que fosse suficientemente amplo para solucionar problemas futuros que o sistema não seria capaz de prever, e, ao mesmo tempo, apto a dar credibilidade às decisões proferidas. Assim, foi erigido um sistema aberto para a resolução de problemas futuros que seriam

⁹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina. 2007, p. 516.

⁹³ *Idem*, p. 512.

⁹⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. Manual de Derecho Civil- Contratos, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba Editores Libreros, 1961, p. 264 apud NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**, volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

⁹⁶ Tradução livre do § 242 BGB: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert.

inimagináveis quando da elaboração do BGB. A solução encontrada, segundo ele, deu-se através da boa-fé.⁹⁷

A afirmação da boa-fé objetiva, em avanço à concepção subjetiva do princípio, representou avanço doutrinário, posto que, abstraída a percepção psicológica e/ou ética do instituto, pode-se objetivar os deveres decorrentes desse novo referencial, uma vez que desatrelado de qualquer elemento anímico que impedisse sua utilização.

No Brasil, o princípio da boa-fé objetiva conheceu seu marco legislativo efetivo com sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, III,⁹⁸ haja vista que, apesar de já ter sido prevista a ideia de boa-fé objetiva, como já informado, no Código Comercial, imperava no nosso ordenamento, a concepção da boa-fé pelo prisma subjetivo, que dizia respeito a um “certo estado psicológico do sujeito, no qual desconhece vícios ou impedimentos de determinada situação jurídica na qual está inserido”.⁹⁹

Ao se estabelecer a boa-fé objetiva, essa análise da percepção psicológica do agente torna-se irrelevante, até porque centrada num elemento individualista, para que se possa centrar o julgamento da conduta em valores mais consentâneos aos tempos atuais, a exemplo da socialidade e da eticidade. Bem verdade que Clovis Veríssimo Couto e Silva há muito advertia que o fato de o Código Civil de 1916 não possuir uma cláusula geral de boa-fé aos moldes do § 242 do BGB não impedia sua aplicação no direito pátrio, na área do direito das obrigações, por se tratar de proposição jurídica que deveria ser entendida como regra de conduta, salientando que o princípio da boa-fé auxiliava na determinação acerca do conteúdo da obrigação e a forma pela qual ela deveria ser cumprida, estabelecendo, destarte, os limites da prestação.¹⁰⁰

⁹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 330-331.

⁹⁸ CDC, art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ... III - - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7267>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁰⁰ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 33-34.

O estabelecimento da boa-fé objetiva causa uma série de vantagens no plano contratual, uma vez que, não mais importando os elementos psicológicos ou de atrelamento ao conhecimento ou não de uma determinada situação, faz com que se valorizem os atos típicos, seja reforçada a observância sobre as condutas praticadas habitualmente naquele círculo, evidenciando a presença da sociabilidade, e se estimule a postura colaborativa para o alcance das expectativas legítimas e razoáveis por um prisma mais seguro, derivado da função social do contrato e do seu equilíbrio material, a ser observado em cada situação, como forma de sanar demandas que surgirão ao longo dos tempos, sem a necessidade de uma formulação jurídica específica para tais hipóteses.

Esclarece Marcos Augusto Albuquerque Ehrhardt Junior que se alcança a aplicação do dever geral da boa-fé quando as partes desempenham suas condutas de forma proba, preocupando-se em não causar prejuízos à contraparte (dever de proteção), acautelando-se na prestação das informações acerca das circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação), exigindo, portanto, uma postura proativa, para o alcance dos interesses dos contratantes.¹⁰¹

A inclusão do princípio da boa-fé objetiva no CDC tem como expressa missão permitir a concretização dos valores constitucionais previstos acerca da ordem econômica, o que enseja, por conseguinte, sua vinculação com os princípios socioeconômicos que norteiam o ordenamento jurídico, reverberando na seara da economia do contrato. Ruy Rosado de Aguiar Júnior pondera que a boa-fé servirá, portanto, não apenas para a proteção daqueles que se encontrem em situação de fragilidade, mas também “como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica”, preservando-a, mesmo que a solução acarrete prejuízo momentâneo para o consumidor, pois se deve ponderar “a natureza da operação econômica pretendida e o custo social decorrente desta operação”, a exemplo da situação que é dada para os desistentes dos contratos de consórcio que só receberão a devolução das parcelas ao final do grupo para não desestruturar a atividade ali desenvolvida, prejudicando outros consumidores, por via de consequência. Percebe-se, pois, que o fato de a boa-fé poder ser utilizada como mecanismo de tutela de pretensões individuais, não impede seu uso de forma estrutural, como mecanismo de proteção conjuntural, visando à proteção da ordem econômica, para que não haja prejuízos, inclusive, aos próprios consumidores. Daí se

¹⁰¹ EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 557, mai./ago. 2013.

extrai que o entrelaçamento existente entre a ordem econômica e a boa-fé não se resume a um padrão ético, mas também à funcionalidade econômica do contrato atrelado aos princípios de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, previstos na Constituição de 1988.¹⁰²

O descortinar de novos referenciais para o direito contratual exigiu a superação de antigos paradigmas para que uma nova ordem se estabelecesse, tendo em vista a necessidade de consecução dos novos objetivos defendidos para a seara privada. E nesse aspecto foi indispensável a consolidação da boa-fé objetiva, posto que a interpretação das condutas não mais se baseará em elementos individuais subjetivos, mas sim, através da observância do padrão médio social, e no sentido de se buscar o alcance das justas e razoáveis expectativas nas relações jurídicas.

Definindo a boa-fé objetiva, Sílvio de Salvo Venosa afirma que ela “se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”.¹⁰³ Entendemos que a definição seria melhor complementada com a ideia de alcance das justas e razoáveis expectativas desenvolvidas pelas partes envolvidas na relação jurídica.

Esta perspectiva, que já era prevista no CDC, foi incorporada ao Código Civil vigente, através do art. 422 que prevê que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. A previsão explícita de tal dispositivo já era anseio doutrinário, como se pode perceber da leitura de artigo de Judith Martins Costa, em 2000, abordando a aplicação da boa-fé objetiva como norma hermenêutica:

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos - modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo

¹⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 20-26, abr./jun. 1995

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. A boa-fé contratual no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.¹⁰⁴

Esta distinção entre o elemento psicológico presente na boa-fé subjetiva e a imposição de condutas que deriva do aspecto objetivo foi comentada por Tereza Negreiros:

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.¹⁰⁵

Note-se que Caio Mário da Silva Pereira afirmava que a boa-fé objetiva mencionada no art. 422 do Código Civil, “não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação”, em um “padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes”,¹⁰⁶ a indicar a amplitude deste princípio ao se espriar nas mais diversas situações, impondo sua observância.

Neste sentido, também defende Roxana Cardoso Brasileiro Borges, ao afirmar que a boa-fé objetiva não está vinculada à subjetividade do agente, logo, o recurso à boa-fé objetiva não exige a realização de uma investigação psicológica acerca da conduta da parte, mas sim buscar “em certo contexto social, qual é o padrão de conduta do homem probo, correto, honesto, leal”.¹⁰⁷

Importante destacar que a doutrina pátria¹⁰⁸ tem apontado uma tríplice função para o princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nas palavras de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

¹⁰⁴ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 23 fev. 2004

¹⁰⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122-123.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Contratos e responsabilidade civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

¹⁰⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7267>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

¹⁰⁸ Podem ser citados como outros defensores da tríplice função do princípio da boa-fé objetiva: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428; LÔBO, Paulo, **Contratos**, 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 75; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno (Em busca

A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.¹⁰⁹

No que diz respeito à função hermenêutica derivada do princípio da boa-fé, tem-se entendido que ela decorre do papel que passa a ter nas situações de dúvida na interpretação do contrato, igualmente nas hipóteses em que seja necessária para a colmatação do conteúdo da avença, pautando-se sempre, portanto, nos comportamentos típicos, nas práticas sociais do local da contratação, nas justas expectativas que foram criadas com a contratação e do que se razoavelmente se espera da natureza do contrato firmado, protegendo-se a confiança, móvel da relação obrigacional, evitando-se, portanto, as posturas dúbias e contraditórias.

Esta função desempenhada pela boa-fé faz com que seja fortalecida a concepção da obrigação como processo, ultrapassando-se a vetusta teoria da vontade real ou declarada, onde a interpretação teria que ser analisada pela intenção comum das partes, passando a importar o sentido razoável da cláusula a ser averiguada, protegendo-se a confiança, sem se descurar da conservação do contrato, protegendo-se o contratante mais frágil da relação.¹¹⁰

Transformada a feição do contrato em um instrumento capaz de sofrer influência do meio que o circunda, sendo limitado por sua função social, e passível de sofrer intervenção judicial para adequar seu conteúdo, nada mais razoável que a boa-fé também possa se imiscuir em seu conteúdo para esclarecer a aplicação de alguma cláusula ou dever que se torne contraditório e/ou inadequado para a espécie contratual firmada e para o preenchimento de situações lacunosas ou não previstas quando do enlace contratual, a fim de aproveitar o negócio jurídico firmado, otimizando-o, dentro de um contexto esperado pelas partes.

Adverte Judith Martins Costa que o intérprete, ao efetuar sua tarefa, deverá analisar as normas contratuais como um todo, “partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente - o complexo de direitos e de poderes

de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2. ed. rev e atual., 2006, p. 143; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016, p. 221.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Obrigações**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35-36.

¹¹⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos**. O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015, p. 226.

instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida”, salientando que se deve ter especial cuidado com os contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, posto que, ao longo da execução contratual, novas regras podem ter sido agregadas ao contrato e que devem ser levadas em consideração por refletirem as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução do contrato.¹¹¹

Citando a advertência de Karl Larenz, no sentido de que devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias que conferem um caráter especial a um contrato determinado e não às circunstâncias específicas daquele tipo contratual, Judith Martins Costa assevera que tal posicionamento abrange não só o complexo de normas contratuais, estas derivadas tanto do contrato hipoteticamente considerado ou da efetiva relação entabulada pelas partes, “quanto a incidência dos módulos valorativos do sistema, expressos nos princípios da autovinculação; autorresponsabilidade, função social, equilíbrio e boa-fé”. Destarte, fica o juiz impedido de permitir que o contrato promova uma finalidade oposta ao que normalmente dele se espera.¹¹²

Já a segunda função, relativa à restrição de direitos, como limitadora do exercício de direitos subjetivos, justifica-se pelo fato de que, com as mudanças sofridas no panorama do contrato, ele não é mais concebido como um instituto intangível por derivar da autonomia da vontade, mas sim, instrumento de concretização de valores constitucionalmente postos, inclusive com limites claramente assentados, a exemplo do que ocorre, em nossa legislação, ao tratar da liberdade de iniciativa econômica (art. 170, CF/88), passando a ser reconhecidas todas as influências que o circundam, permitindo a vedação de exercício de direitos subjetivos que destoem dos novos paradigmas contratuais.

Em período do contrato na sua forma clássica, a possibilidade de vedação de condutas em natureza contratual ficava num campo restrito às situações de abuso de direito e da *exceptio doli*, ambas hipóteses relacionadas ao plano da manifestação da vontade, impedindo a sistematização do tema.

Como assevera, Luciano de Camargo Penteadó, a *exceptio doli generalis* consiste numa manifestação tipo de atuação da boa-fé objetiva no sentido de veicular seu

¹¹¹ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 430.

¹¹² LARENZ, Karl. Derecho civil - Parte general, Madri: Edersa, p. 744 apud COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 431-432.

conteúdo material para específicas situações subjetivas. A *exceptio doli* atua no sentido de paralisar o exercício de pretensões claramente dirigidas contra a parte contratante de modo doloso. Trata-se, nas palavras de Menezes Cordeiro, da “situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente”.¹¹³ Neste sentido, afirma Pablo Stolze, no que concerne à *exceptio doli*, que “uma aplicação deste desdobramento é brocardo *agit qui petit quod statim redditurus est*, em que se verifica uma sanção à parte que age com interesse de molestar a parte contrária e, portanto, pleiteando aquilo que deve ser restituído”,¹¹⁴ a exemplo do que ocorre na hipótese do art. 940, do Código Civil, uma vez que esta sanciona a postura dolosa do autor de uma ação que demande por dívida já paga, no todo, ou em parte, assegurando àquele que a quitou, ainda que parcialmente, o direito a receber o dobro ou o equivalente como espécie de sanção.¹¹⁵

Por sua vez, deve-se recordar que a construção inicial da teoria do abuso do direito, notadamente na França,¹¹⁶ esteve atrelada a uma perspectiva da responsabilidade subjetiva, havendo, portanto, plena conexão com os elementos volitivos para sua caracterização, estando mais relacionada com as situações de propriedade, e mais especificamente com os conflitos de direito de vizinhança, como se verifica dos exemplos citados pela doutrina, a partir de 1808, quando já vigente o Código Napoleônico, como foi o caso do fabricante de chapéus que provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança; ou do caso julgado em 1853, em que se condenou o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, de quem era desafeto, ou até mesmo a condenação em 1913, do proprietário que ergueu lanças em seu terreno para causar danos aos dirigíveis construídos pelo vizinho.¹¹⁷

¹¹³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em: 01 dez. 2017.

¹¹⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

¹¹⁵ Art. 940. CC/2002: Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

¹¹⁶ Vale registrar que autores citam que o abuso do direito só toma os contornos definitivos, com a publicação do texto “Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand”, de Raymond Saleilles, em 1895, onde ele analisou o §226 do projeto do Código Civil alemão que diz “o exercício de um direito é inadmissível, se o seu único objetivo é causar dano a outrem”. In: JOBIM, Marco Félix. Da Noção à Teoria do Abuso de Direito. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 8, nº 794, 01 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/63-artigos-jul-2008/6007-da-nocao-a-teoria-do-abuso-de-direito>. Acesso em: 01 dez. 2017.

¹¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 671.

Saliente-se, por oportuno, o pensamento de Judith Martins Costa neste particular, ao que ela denomina de função corretora do princípio da boa-fé, tanto no sentido de sanar o exercício jurídico, dando conformação à licitude que dele se espera, visando à correção do ato abusivo, quanto exercendo o controle do conteúdo do ajuste firmado, especialmente nos contratos de adesão, embora não apenas neles.¹¹⁸

Por fim, aponta-se como a terceira função derivada da boa-fé, a criação de deveres jurídicos, denominados de deveres gerais de conduta, como uma consequência natural da já comentada alteração do contrato, em que se enfatiza seu aspecto funcional e a busca ao atendimento das expectativas das partes no tocante à prestação.

Saliente-se que tais deveres não se confundem com os chamados deveres principais (primários), nem com os secundários, pois aqueles são definidos por Almeida Costa como “o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem à consecução de seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza”.¹¹⁹ Também não se confundem com os deveres secundários, pois estes, ou se destinam ao cumprimento da obrigação principal, como ocorre com a guarda da coisa para ser efetuada a tradição na compra e venda, ou decorrem de uma eventual impossibilidade de cumprimento da prestação principal, a exemplo do dever de indenizar pelo inadimplemento ou pelo vício no produto ou serviço. Aqui, como adverte Judith Martins Costa, trata-se dos deveres instrumentais ou qualquer outra expressão (deveres laterais, acessórios, de proteção ou de tutela) que se reporte ao conceito do *Nebenpflichten*, como designado pela doutrina alemã, no sentido de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses.¹²⁰

Deve-se, de logo, esclarecer que adotamos a expressão “deveres gerais de conduta”, empregada por Paulo Luiz Netto Lôbo, em virtude da crítica por ele efetuada às denominações usadas pela doutrina, a exemplo de “deveres de conduta” (Larenz), “deveres acessórios de conduta” (Menezes Cordeiro e Antunes Varela), por entender que estes deveres se transformaram em princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, não lhes cabendo o papel de anexos ao dever de cumprir a obrigação, inicialmente tida como principal, nem sendo exigíveis apenas do devedor, uma vez que a evolução ocorrida no contrato, ampliou sua exigibilidade para ambas as partes e,

¹¹⁸ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 571.

¹¹⁹ COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 65.

¹²⁰ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 438-439.

eventualmente, para terceiros, ganhando autonomia, a ponto de não mais serem derivados da relação jurídica obrigacional propriamente dita, nem do dever de adimplemento; estando acima de ambos, posto que “derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito”.¹²¹

Percebe-se, portanto, que as modificações ocorridas na teoria geral do contrato, fazem com que outros institutos também tenham suas feições remodeladas, a fim de propiciar o papel que passam a desempenhar numa sociedade cada vez mais complexa, como é o caso dos deveres de conduta, que passam a se situar em um *locus* próprio, compatível com sua importância. Neste sentido são as palavras de Clóvis do Couto e Silva acerca da autonomia dos deveres de conduta:

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.¹²²

A percepção de que os deveres de conduta implementam o contrato, possibilitando o alcance máximo dos objetivos esperados pelas partes contratantes, enseja a imposição de obrigações positivas para os envolvidos, como observa Marcos Augusto Albuquerque Ehrhardt Junior, ao afirmar que a boa-fé objetiva não se limita apenas à criação de obrigações negativas com o fito de criar um ambiente que não impeça a concretização da prestação, mas também gera o dever de colaborar praticando tudo o que for possível “para assegurar à contraparte o resultado útil almejado, independentemente de tais condutas estarem expressamente previstas no contrato”.¹²³

A realização destes deveres autônomos consubstancia um dos importantes aspectos do contrato que se pretende para o trato jurídico: a colaboração, ou mesmo, a solidariedade. Sem a perspectiva que o contrato precisa ser encarado como um mecanismo de circulação de riquezas, de transferência de direitos, de pacificação social, com ganhos que deverão se estender a todos os participantes, perde-se a oportunidade de avançar na concepção mais harmônica e menos individualista deste instrumento jurídico,

¹²¹ LÔBO, Paulo. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6903>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹²² SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 38.

¹²³ EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 557, mai./ago. 2013.

desatrelando-se da forma com que ele era visto em séculos passados, quando os valores egoísticos preponderavam em sua execução, fato ponderado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, ao comentarem essa ausência de alteridade naquele momento histórico, e que se perpetuou por muitos anos, refletindo, inclusive, em tempos atuais, ao pontuar que “como legado dos códigos oitocentistas, acreditava-se que os contratos envolveriam interesses divergentes, pois uma ordem de cooperação só existiria no âmbito de uma liberalidade (v. g. doação)”.¹²⁴ Assim, segundo eles, deve-se adotar uma visão solidária da relação obrigacional, que permita que as partes assumam uma postura de parceiros do vínculo negocial firmado.

Clovis do Couto e Silva também afirmava a necessidade de colaboração ao esclarecer que para o entendimento do conceito de obrigação como processo é indispensável perceber seu atrelamento à criação dos deveres que não resultam da autonomia contratual, mas como elementos de concreção do princípio da boa-fé objetiva visando ao devido desenvolvimento e adimplemento a partir desta postura de cooperação entre as partes.¹²⁵

Estes deveres de conduta têm classificação variável, a depender do doutrinador. Menezes Cordeiro adota uma divisão em três grupos: deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade.¹²⁶ Os deveres de proteção visam a proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e ao seu patrimônio, na constância da relação complexa; os de esclarecimento obrigam as partes a mutuamente se informarem; e os de lealdade estabelecem que as partes não devem adotar comportamentos indevidos.

Em nossa doutrina, Judith Martins Costa não os classifica por espécies, preferindo enuncia-los isoladamente, como sendo: a) deveres de cuidado, previdência e segurança; b) deveres de aviso e esclarecimento; c) de informação; d) dever de prestar contas; e) deveres de colaboração e cooperação; f) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) de omissão e de segredo.¹²⁷

Convém, inclusive, mencionar o posicionamento de Carneiro da Frada, entendendo que os “deveres laterais que se referem são por natureza rebeldes a qualquer

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 150.

¹²⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 169.

¹²⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, op. cit., p. 604-606.

¹²⁷ COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 439.

enumeração ou descrição definitivas”,¹²⁸ uma vez que, em virtude da diversificação do seu conteúdo, podem surgir deveres distintos para cada situação específica, o que Cristiano Chaves denomina de “ética da situação”, ao exemplificar que uma negociação com um leigo num determinado assunto exigirá a presença de mais deveres de conduta que em uma situação onde a contraparte seja um especialista na área. Assim, revela-se mais importante aferir a função que eles desempenham no âmbito da relação obrigacional.

Saliente-se, também, a afirmação de

2.2.2 A função social

O segundo princípio moderno que se deve mencionar é o da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil¹²⁹, e que tem sido usado como elemento limitador da autonomia contratual, em virtude do que está estabelecido no referido dispositivo legal. Tal princípio tem nítida conexão com a boa-fé objetiva, posto que, como abordado no tópico anterior, os deveres gerais de conduta estarão vocacionados a efetivar a finalidade social do contrato. Ademais, a própria possibilidade de o exercício da liberdade contratual, enquanto direito subjetivo, possa ser limitada em decorrência da função social, traz íntima correlação com a limitação da autonomia prevista como efeito da boa-fé objetiva.

Patente também é a vinculação da função social com o princípio do equilíbrio material, a ser analisado em sequência, ao se priorizar a funcionalização dos institutos jurídicos, notadamente o contrato, figura que interessa a este trabalho, buscou-se a razão de ser do negócio jurídico tentando banir vínculos jurídicos em que o alcance do objetivo se dê através de um esforço desproporcional. Percebe-se, destarte, que a funcionalização preconizada por Norberto Bobbio serve para modificar a concepção do Direito, fazendo com que a análise do seu perfil funcional se preocupe menos “como ele é”, para indagar agora “para que ele serve”.¹³⁰

¹²⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção. Separata do volume XXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, p. 40 apud. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos** – teoria geral e contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150.

¹²⁹ CC/2002: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 53.

Objetivando estabelecer as noções conceituais acerca da função social do contrato, Gustavo Tepedino assevera que ela deve ser entendida:

[...] como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.¹³¹

Embora para a presente tese importe o estudo da função social atrelada ao contrato, não se pode deixar de registrar sua aplicação também no campo da propriedade, outro instituto tão caro ao direito civil, e que teve sua noção significativamente alterada por conta da função social da propriedade, estabelecida constitucionalmente desde 1934, mas só agora com imposição efetiva de condutas a vincular seu exercício.

A conexão entre a função social, aqui incidente sobre a propriedade, com a garantia da realização da dignidade da pessoa humana, é afirmada por Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, ao tratarem da necessidade de seu reconhecimento como mecanismo de implementação da dignidade:

Se a história adverte ao estudioso e ao aplicador do direito que o discurso pertinente a função social ainda não logrou êxito em promover, na plenitude esperada, uma ‘repersonalização’ do direito de propriedade, mostrando-se pertinente um repensar – sempre de sentido emancipatório – do conteúdo e do fundamento dessa funcionalização, não se nega que, no movimento dialético que conduz a história, seria um equívoco negar a pertinência da função social da propriedade para a busca da concretização da dignidade da pessoa no Direito Civil.¹³²

Ressalta Gustavo Tepedino, que a função social não deve ser vista como mais um mecanismo de defesa dos interesses dos contratantes em face de terceiros, por mais legítimos que sejam tais interesses, mas sim como um limitador dos poderes dos próprios contratantes, impondo-lhes “deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente”.¹³³ Por sua vez, Flávio Tartuce afirma que ele é um “regramento contratual, de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC) pelo qual o contrato

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/ Acesso em: 17 ago. 2017.

¹³² FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 35, p. 109, jul./set. 2008.

¹³³ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In **Temas de Direito Civil**, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251, nota 14.

deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”.¹³⁴

Assim sendo, a função social deflagraria uma dupla eficácia em relação ao contato. Uma interna, no que diz respeito às pessoas vinculadas ao enlace¹³⁵ e, outra, externa, para além das partes contratantes. Apesar disso, reconhece que a doutrina pátria diverge quanto à dupla eficácia, citando em sua obra a posição pró e contra tal raciocínio. Pontua que a eficácia interna tem sido paulatinamente admitida¹³⁶, sendo indício desta postura, sua admissibilidade pelo Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil.¹³⁷

Apesar de as denominações variarem entre os doutrinadores pátrios, o fato é que essa eficácia interna, chamada, por exemplo, de função intrínseca por Paulo Nalin¹³⁸, corresponde ao dever de observância dos contratantes aos novos princípios, enquanto a eficácia externa (ou função extrínseca, como denominada por Paulo Nalin) afeta o princípio da relatividade dos contratos, haja vista que concerne às repercussões do contrato, ao longo do tempo, em relação a terceiros que podem ser alcançados por seus efeitos.

O enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil tem sido apontado como exemplo da dupla eficácia que se pretende atribuir à função social do contrato¹³⁹.

A concepção da função social desafia a teoria clássica não só porque afronta a autonomia da vontade na sua forma mais pura, bem como porque permite que terceiros possam influenciar no destino do contrato estabelecido inter partes.

Assevera Judith Martins Costa que a função social do contrato, de acordo com a redação do art. 420 do Código Civil, é uma condicionante ao princípio da liberdade

134 TARTUCE, Flávio. **Princípio da função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 248.

¹³⁵ Segundo Flávio Tartuce, os efeitos internos estariam vinculados aos artigos 108, 157, 170, 187, 317, 406, 413, 423, 424, 478 e 2.035, todos do CC/2002. Já, em relação à eficácia externa, seriam os artigos 436 a 440 e 608. TARTUCE, Flávio. **Princípio da função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 248

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. **Princípio da função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 244-249.

¹³⁷ IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 360: Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

¹³⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2. ed. rev e atual., 2006, p. 226.

¹³⁹ IV Jornada de Direito Civil: Enunciado art. 23: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

contratual¹⁴⁰. Assim, tal conceito pode fazer papel análogo ao que representa o art. 51 do CDC, perante as relações de consumo.

Como afirma Teresa Negreiros, a função social faz com que o intérprete seja convidado a deixar a leitura individualista do direito civil para migrar para os valores sociais presentes no ordenamento jurídico, como a solidariedade, a justiça, a igualdade, e outros valores essenciais à dignidade humana no âmbito da ordem econômica.¹⁴¹

Leciona Paulo Luiz Netto Lôbo que o princípio da função social faz com que os interesses sociais se sobreponham aos individuais, não podendo haver conflito entre eles”,¹⁴² uma vez que este princípio se adequa à sistemática constitucional, pois a função exclusivamente individual do contrato não seria compatível com os objetivos do Estado social, posto que o art. 170 da CF/1988 “estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social, e [...] enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social”,¹⁴³ daí que a existência de um Estado social pressupõe a permanência da função social do contrato.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, comentando o art. 421 do Código Civil, discorrem sobre a funcionalização do contrato, abordam a mudança do referencial de tal instituto com a inserção de outros elementos a compor a sua nova identidade:

Tal e qual um direito subjetivo qualquer, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O epicentro do contrato se desloca do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o interesse social que lateralmente àquele se projeta.¹⁴⁴

A função social, portanto, serve como limite ao exercício abusivo de posições jurídicas,¹⁴⁵ como se verifica da leitura do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil

¹⁴⁰ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁴¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.223.

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

¹⁴³ Idem, p. 16.

¹⁴⁴ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Lineamentos Acerca da Interpretação do Negócio Jurídico: Perspectivas para a Utilização da Boa-Fé Objetiva como Método Hermenêutico. **DVD Magister**, ed 28, out-nov 2009.

¹⁴⁵ CC/2002: Art. 2.305: Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

estabelecendo que as convenções não prevalecerão sobre os princípios de ordem pública, como os da função social da propriedade e dos contratos, a evidenciar a prevalência deste princípio sobre a autonomia da vontade.

Importante destacar que, apesar de significativa parcela da doutrina se posicione favoravelmente acerca da existência de uma força jurídica autônoma, como se viu da menção aos autores retro declinados, entre tantos outros, há vozes dissonantes acerca deste poder derivado do princípio da função social do contrato, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior, que o entende como “uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que [...] autorizam ou justificam soluções normativas específicas”,¹⁴⁶ afirmando ainda que:

O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato.¹⁴⁷

Da mesma forma, Arnaldo Wald também faz ressalvas à função social, delimitando sua abrangência, entendendo que ela “não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Significa a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade”.¹⁴⁸

Inclinamo-nos à concepção que defende a força autônoma do princípio da função social, uma vez que se afigura como o entendimento mais coerente para o alcance efetivo dos fins constitucionais propostos como balizadores da atividade econômica, notadamente nas relações de consumo, a teor do art. 170 da Constituição Federal. Esta premissa, contudo, não impede que os efeitos da função social não possam também

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102.

¹⁴⁷ Idem, p. 123-124.

¹⁴⁸ WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54361/evolucao_contrato_novo_wald.pdf. Acesso em: 02 dez. 2017.

alcançar as relações não abrangidas pelo CDC, pela previsão do parágrafo único do art. 2035 do Código Civil.¹⁴⁹

A conclusão obtida deriva do fato de que os novos parâmetros constitucionais que reverberaram acerca da autonomia privada asseguram a liberdade de contratação para alcançarem seus interesses, contudo, tal liberdade está limitada pela função que o contrato representa para a sociedade, notadamente pelos valores estabelecidos pela solidariedade social e do mínimo existencial, corolários da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁰

2.2.3 O equilíbrio material

Por fim, aponta-se como último dos princípios modernos, o princípio do equilíbrio ou da equivalência material, pautado na ideia de justiça contratual, posto que buscará, na medida do possível, o encaixe entre as pretensões dos envolvidos, de forma a viabilizar a exequibilidade do contrato, dentro dos novos parâmetros norteadores das relações privadas, notadamente a boa-fé objetiva e a função social, servindo como contraponto à força obrigatória do contrato, para evitar eventuais abusos perpetrados em decorrência da disparidade econômica ou cognitiva entre as partes contratantes. Neste sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que:

Na busca pela justiça contratual do equilíbrio necessário entre as prestações em troca, da harmonização da utilidade com a equidade, é fundamental o princípio da boa-fé objetiva, verdadeiro farol que brilha, com poderosa luz, o Direito dos contratos.¹⁵¹

O referido princípio possui amplo campo de atuação, uma vez que parcela significativa dos contratos têm natureza comutativa, e, mesmo aqueles que possuem natureza aleatória, como é o caso dos contratos de seguro e de prestação de serviços médicos (através dos planos de saúde) igualmente contém parte comutativa, justificando a observância do equilíbrios entre as prestações, com o escopo de evitar não só situações derivadas da lesão (vício de consentimento de natureza originária), mas também, de

¹⁴⁹ Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁵⁰ BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. ALVIM Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130-131

¹⁵¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratación (informe del derecho argentino). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n° 44, out-dez 2002, p. 67. Em tradução livre do trecho: En la búsqueda de la justicia contractual del necesario equilibrio entre las prestaciones en cambio, de la armonización de la utilidad con la equidad, es fundamental el principio de la buena fe objetiva, verdadero faro que alumbrá, con luz potente, el Derecho de los contratos.

alterações supervenientes à conclusão do contrato que dificultem sua execução. É o que observa Paulo Luiz Netto Lôbo, ao afirmar que este princípio busca o justo equilíbrio contratual, não só ao objetivar a manutenção da proporcionalidade havida no início do contrato, como para corrigir os desequilíbrios supervenientes.¹⁵² Aqui, de certa forma, tem-se a ligação com o princípio da função social, haja vista que o equilíbrio, “ao mesmo tempo em que é o apoio a fundar a juridicidade dos vínculos contratuais, consiste no próprio fim do direito”, implicando na assunção de uma postura não de passividade, ou manutenção do status quo, mas de adequação por meio de um critério de distribuição ou de atribuição.¹⁵³

Justamente para evitar algum excesso derivado da usual disparidade existente entre os contratantes, mais acentuada na seara do direito do consumidor, é que o princípio da equivalência material manifesta-se em dois aspectos: o subjetivo, que visa a identificar “o poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade”, e o objetivo, que leva em consideração o efetivo desequilíbrio de direitos e deveres que pode ocorrer na conclusão do enlace contratual “ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes”.¹⁵⁴ Esta perspectiva é deveras importante, posto que o contrato pode revelar uma disparidade entre as prestações que não se originou de alguma irregularidade na formação da avença ou por algum vício de consentimento, mas sim, em virtude de situação posterior e que afete sobremaneira a possibilidade de execução da relação jurídica, comprometendo a concepção de colaboração e solidariedade contratuais. Necessário apontar que Karl Larenz, trabalhando com a concepção de base do negócio jurídico, disse que ela pode ser entendida em duplo significado:

[...] Em primeiro lugar, como a base ‘subjetiva’ da determinação da vontade de uma ou de ambas as partes, com uma representação mental existente no momento ao concluir o negócio e que influenciou fortemente na formação dos motivos. Em segundo lugar, como a base ‘objetiva’ do contrato (enquanto complexo de sentido inteligível), ou seja, como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõem-se existentes no contrato – saibam ou não os contratantes – já que se assim não for, não se chegaria ao fim do

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto e, LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 18-19.

¹⁵³ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Millenium, 2004, p. 94.

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto e, LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 18-19.

contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’.¹⁵⁵

Como consequência do seu entendimento, Larenz afirmava que haveria a impossibilidade de permanência de um contrato, como instrumento de regulação dotado de sentido: i) quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, que é pressuposta, tenha sido tão alterada que sequer possa se falar racionalmente em uma ‘contraprestação’; ii) quando a finalidade objetiva da relação contratual, registrada em seu conteúdo, tenha se tornado inalcançável, mesmo quando a prestação do devedor ainda seja possível.¹⁵⁶

A presença desse princípio é facilmente percebida nos artigos 317, 478, 620 e 625, todos constantes do Código Civil.¹⁵⁷ Contudo, ainda mais perceptível é a influência do princípio da equivalência material no Código de Defesa do Consumidor, pela própria sistemática protetiva desse diploma normativo, a exemplo do seu reconhecimento como um direito básico do consumidor, a teor do inciso V do art. 6º do CDC, ao ter sido assegurada a possibilidade de haver a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Ademais, o art. 51 do CDC sanciona como nula de pleno direito, as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inciso IV), considerando como exagerada a vantagem que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (§1º, III). Nota-se que o CDC se afasta

¹⁵⁵ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. p. 37. Tradução nossa do seguinte trecho: La expresión ‘base del negocio’ puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base ‘subjetiva’ de la determinación de la voluntad de una o ambas partes como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base ‘objetiva’ del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de non ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’.

¹⁵⁶ Idem, p. 170.

¹⁵⁷ Vale registrar, contudo, a existência de severas críticas ao art. 478, que trata ocorrência de onerosidade excessiva, por representar um retrocesso doutrinário e jurisprudencial, ao exigir a extrema vantagem para a outra parte, e por ter apenas a previsão no tocante à resolução contratual, sem se referir à possibilidade de revisão do contrato, destoando, inclusive, da própria estrutura do atual Código Civil, que privilegia a conservação dos negócios jurídicos. Contudo, na III Jornada de Direito Civil foi editado o Enunciado nº 176, com a seguinte redação: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

da discussão acerca da imprevisibilidade e extraordinariedade previstas no art. 478 do CC, preferindo simplificar os caminhos para a modificação e revisão contratuais, assentando sua preocupação no equilíbrio material existente na relação firmada.

A dificuldade de reunir todas as circunstâncias previstas no artigo 478 do CC torna quase improvável sua aplicação, se não abrandada sua interpretação, como adverte João Hora Neto, ao afirmar que a existência de cinco requisitos de difícil aplicação prática torna a resolução por onerosidade excessiva algo anacrônico e incapaz de solucionar os problemas de sua natureza, notadamente ao propor a resolução contratual em patente inadequação com a alternativa concebida pelo CDC ao trilhar o caminho da revisão contratual.¹⁵⁸

Afirma Otavio Luiz Rodrigues Junior que a teoria da imprevisão cedeu espaço para o princípio do equilíbrio contratual, sendo a alteração das circunstâncias o ponto fulcral da situação, não importando se tenha havido o lucro excessivo de um dos contratantes, mas sim o restabelecimento das condições firmadas na origem do pacto.¹⁵⁹

Estas críticas reverberaram nas Jornadas de Direito Civil, através dos Enunciados 175 e 176 (III Jornada), 365 e 366 (IV Jornada), 439 e 440 (V Jornada), 300 (VI Jornada), que dão uma nova perspectiva ao referido dispositivo legal, ao reconhecer a necessidade de priorizar a manutenção do vínculo contratual e ao abrandar a noção da imprevisibilidade e extraordinariedade:

Enunciado 175 – A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.

Enunciado 176 – Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Enunciado 365. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

Enunciado 366 - O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Enunciado 439 - A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato

Enunciado 300 - A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o

¹⁵⁸ HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica? **Revista de Direito Privado**, RDPriv, v. 4, n. 16, p. 160, out./dez. 2003.

¹⁵⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 145.

juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio.

Enunciado 440: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato

Traçadas estas considerações, nota-se que a vontade, embora relevante para a concretização do contrato, como mecanismo de alcance dos interesses pretendidos pelas partes, perde seu status de fundamento único e necessário para a obrigatoriedade do que foi pactuado, posto que os princípios clássicos, norteadores das regras contratuais foram sensivelmente alterados para permitir a obtenção dos novos objetivos preconizados pelos sistemas jurídicos fundados em valores sociais relevantes, demandando sua leitura em consonância aos ditames constitucionais, o que representa para a realidade do ordenamento pátrio, a defesa do valor fundante da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e os limites à liberdade da livre iniciativa na atividade econômica.

3 SOCIEDADE DE CONSUMO E AUTONOMIA

Continuando o desenvolvimento para o alcance do tema central deste trabalho, faz-se necessária a análise do hiperconsumo, uma vez que tal fenômeno tem sido uma característica das sociedades capitalistas modernas, notadamente em decorrência do atual panorama da forma de produção de bens e serviços deflagrada desde a Revolução Industrial, mas que teve seu perfil sensivelmente remodelado a partir do período após a 2ª Guerra Mundial.

Assim, neste capítulo, serão abordados temas relacionados ao hiperconsumo, a exemplo do surgimento e sua instalação estrutural nas sociedades capitalistas, ao estímulo que se tem dado ao consumo desenfreado, como este quadro influencia na questão da autonomia do indivíduo e sua repercussão no mundo jurídico com a deflagração usual do superendividamento, o que motiva a necessidade de uma devida tutela jurídica como forma de restaurar a dignidade do indivíduo.

3.1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Para que se entenda o fenômeno do consumo em massa, tomando-se por base a sociedade capitalista padrão dos países ocidentais, para futura abordagem acerca do superendividamento, torna-se importante fazer uma pequena digressão histórica para que seja possível observar algumas das raízes deste fenômeno e, para tanto, indispensável tratar da Revolução Industrial. De logo, deve-se ter em mente que os historiadores costumam desdobrar a Revolução Industrial em três fases distintas, ainda que estejam interligadas pelo fio condutor das modificações socioeconômicas por elas produzidas e que desencadeiam suas constantes mutações.¹⁶⁰

A primeira fase é apontada como deflagrada na Europa, especificamente na Inglaterra, por volta de 1750 até 1860, com a guinada gradual de um sistema de produção feudal e agrário, fundado na produção do campo para um sistema capitalista, logo, urbano. Esta primeira etapa foi significativamente fomentada em decorrência da chamada Revolução Comercial, ocorrida entre os séculos XV e XVIII, principalmente em alguns países europeus, em que a expansão do comércio internacional ensejou um relevante

¹⁶⁰ HOBBSAWN, Eric J. **Da Revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução de Donaldson Magalhães Gerschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 33-62.

aumento da riqueza, permitindo, destarte, a acumulação de capital para financiar o progresso técnico para a criação e aperfeiçoamento das indústrias.¹⁶¹

A Revolução Industrial foi possível na Inglaterra por uma série de fatores que favoreceram seu surgimento, a exemplo do seu isolamento geográfico que permitiu não ser afetada pelas disputas militares ocorridas no continente; o desenvolvimento da sua navegação, pois favoreceu a expansão do seu território através da ocupação de colônias em vários continentes, o que permitiu ter acesso às matérias-primas provenientes dessas regiões; os rendimentos gerados pelo tráfico de escravos, ocasionando significativo acúmulo de riquezas naquele país; as grandes reservas de carvão existentes no país, e, por fim, a fartura de mão de obra gerada pelo aumento demográfico, em virtude da diminuição do índice de mortalidade e manutenção de alto índice de natalidade e pelo êxodo rural.¹⁶²

Podem também ser apontados como elementos de destaque nesse período, fomentando a mudança na forma de produção; a criação do motor a vapor, o desenvolvimento da metalurgia, o uso do carvão como meio de fornecimento de energia, a troca das ferramentas pelas máquinas, a substituição da energia humana pela motriz e a alteração do modo de produção doméstico pelo sistema fabril.

Suplantou-se o método de produção herdado da Idade Média, baseado na produção agrícola, para um sistema urbano e de larga escala, consequência, inclusive, da própria mudança na concentração dos aglomerados humanos que passaram a constituir as cidades, com o abandono do campo. Essa mudança radical de sistema de produção, em que pese o seu desenvolvimento gradual ao longo dos anos, foi anotada pelo historiador Eric J. Hobsbawn, ainda que com certa ressalva quanto ao marco deflagrador inicial:

O que significa a frase ‘a revolução industrial explodiu’? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a ‘partida para o crescimento autossustentável’. Nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de transpor o teto que a estrutura social pré-industrial, uma tecnologia e uma ciência deficientes, e conseqüentemente o colapso, a fome e a morte periódicas, impunham à produção. A ‘partida’ não foi logicamente um desses fenômenos que, como os terremotos e os cometas, assaltam o mundo não-técnico de surpresa. Sua pré-história na Europa pode ser traçada, dependendo do gosto do historiador e do seu particular interesse, até do ano 1000 de nossa era, se não antes, e tentativas anteriores de alçar voo, desajeitadas como as primeiras experiências dos patinhos, foram exaltadas com o nome de ‘revolução industrial’ – no século XIII, no XVI e nas últimas décadas do XVII. A partir da metade do século XVIII, o processo de acumulação de velocidade para

¹⁶¹ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 20. ed. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 101

¹⁶² Idem, p. 104-105.

partida é tão nítido que historiadores mais velhos tenderam a datar a revolução industrial de 1760. Mas uma investigação cuidadosa levou a maioria dos estudiosos a localizar como decisiva a década de 1780 e não a de 1760, pois foi então que, até onde se pode distinguir, todos os índices estatísticos relevantes deram uma guinada repentina, brusca e quase vertical para a 'partida'. A economia, por assim dizer, voava.¹⁶³

Com esta primeira fase surge o processo de industrialização, notadamente no ramo têxtil, e o desenvolvimento de uma nova forma de produção em larga escala que fomenta o sistema capitalista, graças às modificações ocorridas na época que permitiram o desenvolvimento de uma nova estrutura mercantil. Conseqüentemente, surge a necessidade imperiosa de modificar toda a sistemática de escoamento industrial, posto que o volume de bens produzidos excede significativamente o que outrora era produzido e necessita de público para consumir tudo o que estava sendo lançado.

As necessidades impostas pela alteração da nova feição econômica foram também descritas por Leo Huberman:

Produzir mercadorias para um mercado pequeno e estável, onde o produtor fabrica o artigo para o freguês que vem ao seu local de trabalho e lhe faz uma encomenda, é uma coisa. Mas produzir para um mercado que ultrapassou os limites de uma cidade, adquirindo um alcance nacional, ou mais, é outra coisa inteiramente diferente. A estrutura das corporações destinava-se ao mercado local; quando este se tornou nacional e internacional, a corporação deixou de ter utilidade. Os artesãos locais podiam entender e realizar o comércio de uma cidade, mas o comércio mundial era uma coisa totalmente diversa. A ampliação do mercado criou o intermediário, que chamou a si a tarefa de fazer com que as mercadorias produzidas pelos trabalhadores chegassem ao consumidor, que podia estar a milhares de quilômetros de distância.¹⁶⁴

Não se pode olvidar que para o desenvolvimento desse novo modelo de produção, outros setores tiveram que sofrer uma mudança estrutural para dar vazão a tudo que era produzido. Assim sendo, foi preciso melhorar os meios de comunicação, desenvolvendo os meios de transportes terrestres e marítimos, reduzindo o tempo de deslocamento das pessoas e transporte de mercadorias, impactando no custo das transações comerciais.

Em seguida, aponta-se para uma segunda Revolução Industrial, que ocorreu contínua entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, especialmente entre os anos 1860 a 1900¹⁶⁵, época em que o movimento sai da Inglaterra e alcança outros países, especialmente as nações europeias, a exemplo da França,

¹⁶³ HOBBSAWN, Eric J. **A Era das revoluções**: Europa 1789-1848. 21. ed. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 50.

¹⁶⁴ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 20. ed. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 119.

¹⁶⁵ HOBBSAWN, Eric J. **Da Revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução de Donaldson Magalhães Gerschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 52-55.

Alemanha, Itália, mas também se estende a outros continentes, porque se fez sentir nos Estados Unidos e no Japão.¹⁶⁶

Esta fase foi caracterizada pela expansão das criações da primeira etapa, notadamente no aperfeiçoamento do uso das máquinas a vapor, e do surgimento de novas tecnologias que aumentaram sensivelmente os níveis de produção e sofisticação técnica nas indústrias.¹⁶⁷

Nesse período surgem o taylorismo, como método de administração científica, na busca dos métodos ótimos de trabalho, através de experimentações sistemáticas de tempos e movimentos e do fordismo, que visou a economizar no processo de montagem com a criação de peças intercambiáveis de alta precisão que dispensavam a necessidade de ajustamento fazendo com que mecânicos semiquilificados se especializassem na montagem de pequenas partes, reduzindo o custo da produção e da mão de obra.

Essa fase é contemporânea, igualmente, da elaboração de máquinas de fabricação contínua que, elevando a velocidade e a quantidade dos fluxos, ocasionaram o aumento da produtividade com custos mais baixos: elas abriram caminho para a produção de massa. No fim dos anos 1880, nos Estados Unidos, uma máquina já podia fabricar 120 mil cigarros por dia: trinta dessas máquinas bastavam para saturar o mercado nacional. Máquinas automáticas permitiam que 75 operários produzissem todos os dias 2 milhões de caixas de fósforos. A Procter & Gamble fabricava 200 mil sabonetes Ivory por dia. Máquinas desse tipo apareciam igualmente na produção do material de limpeza, dos cereais matinais, dos rolos fotográficos, das sopas, do leite e outros produtos embalados. Assim, as técnicas de fabricação com processo contínuo permitiram produzir em enormes séries mercadorias padronizadas que, embaladas em pequenas quantidades e com nome de marca, puderam ser distribuídas em escala nacional, a preço unitário muito baixo.¹⁶⁸

Não é sem razão que Antônio Cesar Amaru Maximiano assevera a importância da 2ª Revolução Industrial como deflagrador do processo de produção em massa:

A produção em massa, que aumentou a complexidade do mercado, decorreu, entre outros fatores, dos avanços tecnológicos, proporcionados pela segunda Revolução Industrial, permitindo a automação dos processos produtivos com o uso de novas máquinas e equipamentos, a utilização de matérias primas em larga escala e atingindo maior produtividade e qualidade, o uso de tecnologia para o desenvolvimento de novos produtos, entre outras aplicações que fizeram

¹⁶⁶ E inúmeros são os trabalhos que associam as transformações no mercado da moda, notadamente a partir da 2ª Revolução Industrial, fomentadas pela produção em larga escala. Por todos, ver Gilles Lipovetsky: **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

¹⁶⁷ Costuma-se citar como criações desta fase: o desenvolvimento do motor à combustão interna, a invenção da lâmpada elétrica, o refino e a utilização do petróleo e seus derivados como fonte de energia, o desenvolvimento das primeiras máquinas elétricas, a eletrificação de indústrias e cidades, o surgimento da indústria siderúrgica e aperfeiçoamentos na metalurgia, entre outros.

¹⁶⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 27.

com que capacidade produtiva das empresas aumentasse de forma vertiginosa.¹⁶⁹

Por fim, tem-se a terceira fase da Revolução Industrial que ocorre basicamente a partir do início do século passado até os dias atuais, denominando-se este processo de globalização.¹⁷⁰

Estas fases da Revolução Industrial modificaram a economia mundial, uma vez que criaram uma nova forma de produção de bens e de serviços, consolidaram o sistema capitalista e estabeleceram novas relações comerciais, calcadas na produção massificada de produtos, não apenas no mundo ocidental, mas, também, em outros continentes, em virtude da influência dos países europeus especialmente por causa do processo de colonização iniciado desde o período das Grandes Navegações e que persistiu até o século passado no continente asiático e africano.

3.2 O HIPERCONSUMO

Não obstante o processo de produção em massa ser algo muito mais antigo, pode-se destacar como marco histórico mais próximo, as mudanças ocorridas após a Segunda Guerra Mundial, em razão do surgimento de novas tecnologias, principalmente ligadas ao processo produtivo, como a informática, a robótica, as técnicas de miniaturização, pois reduziram o custo da produção. Não se pode deixar de registrar que a necessidade de se encontrar consumidores para a aquisição dos produtos que eram produzidos em larga escala fez com que os produtos se expandissem além das fronteiras nacionais.

Apesar dos efeitos nefastos daquele embate que assolou a economia europeia e tornou os Estados Unidos, a maior potência do mundo capitalista, o Plano Marshall conseguiu fazer com que os países aliados se restaurassem movidos por intensas disputas com empresas norte-americanas que começaram a lançar seus produtos no mercado europeu e gerassem uma nova escalada de consumo associada à ideia de um momento de paz após todas as atrocidades vividas por aqueles países.¹⁷¹

¹⁶⁹ MAXIMIANO, Antônio Carlos Amaru. **Teoria Geral da Administração** – da escola científica à competitividade na economia globalizada. 2. ed., São Paulo: Atlas. 2000, p. 39.

¹⁷⁰ A menção à globalização refere-se aqui ao aspecto de difusão do comércio e não ao plano ideológico.

¹⁷¹ SATO, Eiiti. Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI. **Rev. bras. polít. int.** Brasília, v. 46, n. 2, p. 161-176, Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?>

Em apertada síntese, o Plano Marshall, foi um instrumento político e comercial estabelecido entre os Estados Unidos e os países aliados, visando a auxiliar na reconstrução da Europa Ocidental e sedimentar a economia interna norte-americana, notadamente em razão de os Estados Unidos serem o maior credor dos países aliados em razão de ter fornecido suprimentos e equipamento bélico durante a 2ª Guerra Mundial. Através do Plano Marshall eram concedidos empréstimos a juros baixos aos governos europeus, para que adquirissem mercadorias dos Estados Unidos, o que, a um só tempo, não só mantinha os altos níveis de produção industriais que foram obtidos durante os esforços de guerra, fomentava os negócios privados e ainda afastava a influência soviética sobre os países europeus ocidentais.¹⁷²

Nas sociedades orientais, todavia, a reconstrução econômica do pós-guerra demorou a se sedimentar notadamente pela polarização que houve entre os Estados Unidos e a então União Soviética, fazendo com que as nações asiáticas ficassem sob forte dependência daqueles dois países por algumas décadas. Só, por volta da década de 60 é que houve uma significativa mudança deste panorama, com a recuperação econômica do Japão¹⁷³, com particular destaque para suas empresas na área de tecnologia, e, posteriormente, do alavancado crescimento dos chamados tigres asiáticos (Cingapura, Coreia do Sul, Hong Kong e Taiwan), a partir da década de 70.¹⁷⁴

Com um panorama de euforia desencadeada pelo crescimento da economia, baixo nível de desemprego, estabilidade social, de franco otimismo após a vitória na Segunda Guerra Mundial e abundância de bens materiais, houve o chamado “baby boom”, designação usada para os nascidos nos Estados Unidos entre os anos de 1946 a 1964, o que se estima em 76 milhões de pessoas.¹⁷⁵ A conjuntura então existente fomentou o consumo em massa de bens que eram produzidos em larga escala, com custo imensamente inferior aos anos pretéritos, em virtude de novas tecnologias, e fez com que

¹⁷² SIMON, Silvana Aline Soares. De Bretton Woods ao Plano Marshall: A política externa norte-americana em relação à Europa (1944-1952), p. 35-36. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/viewFile/196/171>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁷³ SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

¹⁷⁴ Entre os anos de 1963 a 1973, a economia japonesa cresceu a uma média de 10,2%, o que superava a taxa de crescimento dos países ocidentais mais desenvolvidos. In. GAINO, Luciano S. Fatores da produtividade japonesa. *Rev. adm. empres.* São Paulo, v. 24, n. 2, p. 41-42, Junho 1984. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

¹⁷⁵ FRY, Richard. Millennials overtake Baby Boomers as America's largest generation. Disponível em <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/04/25/millennials-overtake-baby-boomers/>. Acesso em: 20 ago. 2017.

as práticas comerciais se desenvolvessem sobremaneira, notadamente com a inserção de novas técnicas de marketing para estimular o consumo.

Ao tratar sobre o surgimento do consumo de massa, Gilles Lipovetsky sintetiza essa criação, em três fases, citando o que caracteriza cada uma delas. Na primeira, ocorrida entre os anos de 1880 até a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), esclarece que houve uma mudança na filosofia comercial, em que o importante passou a ser a venda da maior quantidade de produtos, ainda que com uma menor margem de lucro; consubstanciando um projeto de democratização de acesso aos bens mercantis, o que não se concretizou pois não havia um quadro social com recursos suficientes para a aquisição dos equipamentos modernos.¹⁷⁶

Até os anos 1880, os produtos eram anônimos, vendidos a granel, e as marcas nacionais, muito pouco numerosas. A fim de controlar os fluxos de produção e de rentabilizar seus equipamentos, as novas indústrias condicionaram elas mesmas seus produtos, fazendo publicidade em escala nacional em torno de sua marca. Pela primeira vez, empresas consagram enormes orçamentos a publicidade; as somas investidas estão em aumento muito rápido: de 11 mil dólares em 1892, as despesas publicitárias da Coca-Cola elevam-se a 100 mil em 1901, 1,2 milhão em 1912, 3,8 milhões em 1929.¹⁷⁷

Por via de consequência, o marketing passou a ser entendido como elemento essencial para deflagrar escoamento da produção, passando a representar parcela significativa do orçamento das grandes empresas. Tem-se aí o surgimento do consumidor dos tempos modernos, “comprando 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”,¹⁷⁸ criando a “democratização do desejo”.¹⁷⁹

A segunda fase, segundo Lipovetsky, teria começado na década de 50 do século passado, com a chamada sociedade da abundância, permitida pelo modelo fordista de produção, com a difusão do crédito, a disseminação dos bens para as mais diversas classes sociais, tornando acessível um modo de vida que anteriormente estava reservado apenas a uma pequena parcela de abastados. Como técnicas para o alcance deste objetivo, estavam a redução do custo dos bens; a diminuição do seu tempo útil de vida para que novos produtos fossem rapidamente adquiridos (ao que se denominou de obsolescência

¹⁷⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 26-28.

¹⁷⁷ Idem, p. 28.

¹⁷⁸ Idem, p. 30.

¹⁷⁹ Idem, p. 31

programada¹⁸⁰) e o surgimento dos grandes magazines que desembocariam para a formação dos supermercados e, posteriormente, dos hipermercados.¹⁸¹

Por fim, chega à terceira fase, a qual Lipovetsky denomina de “consumo emocional”, característica do hiperconsumo, onde o consumo para identificação do status social e de exibição de sucesso e ascensão social é suplantado por um consumo individualizado para alcance das expectativas, dos gostos e dos comportamentos.¹⁸²

A globalização fez com que essa cultura de consumo se difundisse não apenas no mundo ocidental, mas, em todos os países capitalistas, posto que a padronização destes comportamentos, ainda que atenuados pelas vicissitudes de certas sociedades, pode ser percebida como marcante dos tempos atuais.

Youichi Ito, ao analisar a evolução dos usos da mídia no Japão, também conclui que existe a evolução de uma sociedade de massa a uma ‘sociedade segmentada’ (Buiishu Shakai), resultante das novas tecnologias de comunicação que enfocam a informação especializada, diversificada, tornando a audiência cada vez mais segmentada por ideologias, valores, gostos e estilos de vida. [...] Este é, na verdade, o presente e o futuro da televisão: descentralização, diversificação e adequação ao público alvo.¹⁸³

Importante salientar que ao longo desse gradual processo histórico, o consumo passou por várias facetas, da necessidade pura e simples para o consumo irracional, motivado pelas mais diversas técnicas de marketing que induzem necessidades artificiais associadas a outros sentidos que desafiam a pura racionalidade do ato de consumir.

Observa-se que Lipovetsky, embora tenha cunhado o termo hiperconsumo, não apresenta seu conceito em seu trabalho mais paradigmático sobre o tema (A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo), em virtude da

¹⁸⁰ As práticas de redução da capacidade útil dos produtos têm sido motivadoras, inclusive, de ações por consumidores, como se tem sido visto tanto no exterior quanto no Brasil. Em decisão publicada no REsp nº 871.172 – SE, a 4ª Turma do STJ concluiu que houve propaganda enganosa e conduta comercial abusiva da Ford por ter efetuado o lançamento, em um mesmo ano, com pequeno intervalo de tempo, de dois modelos do Fiesta, ambos divulgados como sendo o novo modelo do ano seguinte, razão pela qual foi condenada. Em notícia divulgada em dezembro de 2017, foi informada a existência de processo contra a Apple por obsolescência programada após ter confessado que reduzia propositalmente a velocidade dos modelos 6, 6s e 7 e não ter informado que o problema poderia ser resolvido apenas com a troca da bateria. CARVALHO, Lucas. Um novo processo contra a Apple exige US\$ 1 trilhão por iPhones lentos. Disponível em: https://olhardigital.com.br/noticia/novo-processo-contra-a-apple-exige-us-1-trilhao-por-iphones-lentos/73153?utm_campaign=notificacao&utm_source=notificacao. Acesso em: 27 dez. 2017.

¹⁸¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 32-34.

¹⁸² Idem, p. 41-42.

¹⁸³ CASTELLS, 2000, p. 364-365, apud GONÇALVES, Sérgio Campos. Cultura e Sociedade de Consumo: um olhar em retrospecto. **Revista do Núcleo de Produção Científica em Comunicação – UNAERP** (Ribeirão Preto), v. 5, 2008, p. 25-26.

multiplicidade de elementos que desencadeiam este processo, contudo, pode-se dizer, diante do que foi por ele apresentado, que o hiperconsumo é uma consequência de uma nova fase do capitalismo, com o surgimento da civilização do desejo, em que os valores tradicionais foram substituídos pela multiplicação das necessidades, vinculadas à ideia de satisfação da autoestima, realização pessoal, felicidade e bem estar através da aquisição de bens ou serviços.¹⁸⁴

3.2.1 O estímulo ao consumo

Estabelecidas as noções iniciais sobre o processo histórico que ensejou a sociedade do hiperconsumo, faz-se necessário, por conseguinte, abordar a questão do estímulo ao consumo, uma vez que aqui não só começam, mas, também se consolidam muitas das situações de superendividamento, ocasionando um conflito com a questão da autonomia individual e com a livre iniciativa econômica, resvalando, portanto, para o campo jurídico. Assim, o ato de consumir passa de uma perspectiva meramente comercial, e, em tese, livre, posto que derivado da margem de liberdade e autonomia que é dada aos particulares, para ser analisado por um prisma jurídico, pois as condutas a ele associadas podem gerar problemas sociais incompatíveis com o projeto de construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Numa fase inicial do processo de industrialização, os objetivos mercantis consistiam basicamente em conseguir produzir bens em larga escala e reduzir o custo de sua elaboração, para que o lucro obtido pudesse ensejar a riqueza do produtor e possibilitar a manutenção da atividade por ele desenvolvida.¹⁸⁵ Contudo, essa sistemática muda significativamente quando se percebe a necessidade de fomentar desejos nos consumidores, invertendo a perspectiva tradicional de produzir o que era essencial à sobrevivência ou que era procurado por uma eventual demanda, para investir em um projeto de consumo por status e na criação de produtos e/ou serviços a serem estabelecidos como necessários.

Ainda que tal processo tenha adotado a feição que hoje conhecemos, a partir do período após a 2ª Guerra Mundial, a percepção entre o consumo e o comportamento

¹⁸⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 11-12.

¹⁸⁵ HOBSBAWN, Eric J. **A Era das revoluções**: Europa 1789-1848. 21. ed. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 53-55.

humano e suas representações já havia sido notada muito antes pelos estudiosos, pois, em 1899, Thorstein Veblen, através da obra denominada de “A teoria da classe ociosa”, tratou do consumo como um fator que abrange as relações humanas, em que o poder do consumo cria em torno do homem um sistema de representações, extrapolando a mera necessidade. Observa-se da leitura de sua obra que o consumo diferencia as pessoas não apenas pela capacidade de obter os bens, mas essencialmente pela diferenciação e dignidade que ele os traria para seu possuidor.

Assim, no estágio quase pacífico, o senhor não somente consome mais do que o mínimo necessário à sua subsistência e eficiência física, como seu consumo se especializa quanto qualidade dos bens consumidos. Ele consome livremente e do melhor, no tocante a alimento, bebida, narcóticos, abrigo, serviços [...]. Esse não é, porém, o fim principal do consumo. O processo de inovação sofre também, a influência do critério de respeito na determinação dos produtos, do acordo com ele, o melhor recurso de sobrevivência. Por ser o consumo dos bens de maior excelência prova da riqueza ele se torna honorífico; reciprocamente, a incapacidade de consumir na devida quantidade e qualidade se torna uma marca de inferioridade e de demérito.¹⁸⁶

Abordando o nascimento do marketing, Vinícius Andrade Brei, Carlos Alberto Vargas Rossi e Yves Evrard afirmam que os autores da área de marketing, em sua grande maioria, costumam estabelecer que o marketing surge como campo do conhecimento, na condição de objeto de estudo, entre o final do século XIX e o começo do século XX, majoritariamente nos Estados Unidos, contudo, as origens históricas da área decorrem de um processo histórico iniciado ainda na Revolução Industrial. Esclarecem que a primeira disciplina universitária formal de marketing, embora ainda sem esta designação, surgiu nos Estados Unidos em 1902, e somente em 1910 é que surge a disciplina Marketing na Universidade de Wisconsin. Esclarecem, também, que nessa fase inicial, apesar de haver um estudo acerca da distribuição dos produtos industriais, não havia um interesse específico em estudar métodos para vendê-los, pois o pensamento predominante na época era que todos os bens que eram produzidos seriam vendidos, assim a preocupação estava centrada apenas na parte econômica, especificamente nos processos internos da organização, não obstante já começarem, desde então, a aparecer “um discurso sobre a preocupação com aspectos psicológicos dos consumidores.”¹⁸⁷

186 VEBLÉN, Thorstein. A teoria da classe ociosa. 1899. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/.../Thorstein-Veblen-A-Teoria-Da-Classe-Ociosa-1899>. Acesso em: 26 ago. 2017.

¹⁸⁷ BREI, Vinícius Andrade; ROSSI, Carlos Alberto Vargas; EVRARD, Yves. As necessidades e os desejos na formação discursiva do marketing: base consistente ou retórica legitimadora? *Cad. EBAPE.BR*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 01-21, Dec. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Gradualmente, as empresas notaram a importância do papel do marketing não apenas como forma de alavancar as vendas dos bens e fornecimento de serviços, mas, essencialmente, na criação de um padrão de vida ideal a ser alcançado como merecimento pelo esforço de vida do consumidor e do desenvolvimento de necessidades infinitas, perpetuando, com isso, o ciclo do consumo. A tônica passa a ser o incessante lançamento de novos produtos, estimulando a aquisição de novos bens, ou até mesmo reduzindo artificialmente sua vida útil, fazendo girar a ciranda do consumo.

O produto passa a ter realçada uma finalidade que transcende seu próprio uso, pois representará um elemento certificador do seu status social ou demonstrativo do locus em que pertence na sociedade, fatores que são constantemente enfatizados pelas técnicas de marketing, com o intuito de fomentar a comercialização de produtos e serviços numa espiral infinita, sob a afirmação velada ou explícita do poder transformador ou concretizador imanente no que foi adquirido.

Jean Braudillard, ao analisar o processo de consumo, identifica a simbologia que está atrelada ao ato, demonstrando a dupla perspectiva que a ele está associada, em virtude da concepção estruturalmente difundida na sociedade de consumo, dizendo que este processo pode ser visto por dois aspectos fundamentais:

1. Como processo de significação e de comunicação, baseado num código em que as práticas de consumo vêm inserir-se e assumir o respectivo sentido. O consumo revela-se aqui como sistema de permuta e equivalente de uma linguagem, sendo abordado neste nível pela análise estrutural [...]. 2. Como processo de classificação e de diferenciação social em que os objectos/signos se ordenam, não só como diferenças significativas no interior de um código, mas como valores estatutários no seio de uma hierarquia. Nesta acepção, o consumo pode ser objecto de análise estratégica que determina o seu peso específico na distribuição dos valores estatutários (com a implicação de outros significantes sociais: saber, poder, cultura etc.). É o seguinte o princípio da análise: nunca se consome o objecto em si (no seu valor de uso) os objectos (no sentido lato) manipulam-se sempre como signos que distinguem o indivíduo quer filiando-o no próprio grupo tomado como referência ideal quer demarcando-o do respectivo grupo por referência a um grupo de estatuto superior.¹⁸⁸

É de fundamental importância registrar que têm sido feitos estudos¹⁸⁹ para analisar o comportamento do indivíduo nas relações em que envolvem a aquisição de

¹⁸⁸ BRAUDILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70 Lda., 2008, p. 66.

¹⁸⁹ Neste sentido cabe registrar a existência da “Psicologia Econômica” que visa demonstrar que as escolhas financeiras têm sua eficiência comprometida pelo lado emocional dos indivíduos. Ao lado disso, há trabalhos efetuados pela Psicologia do Consumo, em faculdades norte-americanas e na PUC-RS, bem como os estudos feitos pela escola do behaviorismo. Algumas referências a estes trabalhos podem ser encontradas em notas de rodapé de KILBORN, Jason J., Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 66-104.

bens e serviços, examinando as causas destas condutas, e todas as variáveis que deflagram o consumo, tornando-se patente a influência das técnicas de marketing que se baseiam nos procedimentos, até mesmo, inconscientes do ser humano no seu processo de escolhas e de análise de riscos em determinadas situações. Como exemplo do reconhecimento da efetividade destes estudos que comprovam os efeitos psicológicos para a tomada de decisões, vale mencionar que o ganhador do prêmio Nobel de Economia de 2017, Richard H. Thaler se dedica ao campo da economia comportamental. Segundo os estudos de Thaler, diante de duas opções existentes, somos propensos a optar pela pior delas, em decorrência do hábito e da falta de tempo para refletir sobre a escolha. A teoria defendida por Richard Thaler, portanto, entra em conflito com a crença, até então consolidada e defendida pelas teorias econômicas tradicionais de que os homens são seres racionais, que tomam decisões calculando custos e benefícios.¹⁹⁰

Não é por acaso, por conseguinte, a disposição dos produtos nas prateleiras, as cores utilizadas nas propagandas com o objetivo de evocar emoções ou recordações, o estilo de música, a iluminação do local, e toda uma série de mensagens subliminares que são usualmente utilizadas como forma de convencer e induzir o consumo de bens efetivamente necessários ou daqueles que são postos em circulação com o propósito de serem rapidamente substituídos por outros com poucas modificações, mas, por exemplo, cujos programas operacionais não mais sejam compatíveis com as novas atualizações, como costuma ocorrer no caso de smartphones e computadores.

A própria noção de bem supérfluo perde seu contexto, pela perspectiva do consumidor, e demanda uma revisão, porque os bens, alçados a um patamar distinto da mera satisfação de uma necessidade, passa a refletir o símbolo de uma mudança de estilo de vida. Atentas a esse câmbio de paradigma, Catarina Frade e Sara Magalhães, analisam essa percepção sobre a indispensabilidade de um certo bem, calcado nesse novo referencial:

Certos tipos de consumo não podem ser descontextualizados ou mesmo conotados como supérfluos na medida em que não constam da lista de prioridades elementares (i.e., orgânicas) do indivíduo. Na vivência social dos indivíduos esses consumos podem assumir-se como centrais. De um ponto de vista subjectivo, a sua não realização pode acarretar prejuízos relacionados, por exemplo, com a não inclusão num círculo social com repercussões directas no bem-estar psicológico¹⁹¹.

¹⁹⁰ O que é a 'contabilidade mental' pela qual Nobel de Economia explica como nossos gastos são irracionais. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41583714>. Acesso em: 08 dez. 2017.

¹⁹¹ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento. A outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 25.

Com efeito, nessa nova perspectiva, os objetos passam a revestir qualidades que transformam seus possuidores em seres mais ricos, poderosos e bem-sucedidos quando de sua aquisição, como se pudessem, por si sós, satisfazer as frustrações de cada um dos seus adquirentes. Essa constante busca pelas novidades como forma de satisfação de aspectos que ultrapassam a mera necessidade passa a ser uma constante, gerando um ciclo infinito, como observa Luiz Edson Fachin:

Na sociedade de hiperconsumo torna-se evidente a permeabilidade da mercantilização em todas as ambiências da vida social e individual. Os lazeres e as perspectivas hedonistas consubstanciam a mola propulsora deste novo modo de consumir, cada vez mais desligado da representação para o outro para ligar-se de modo potencializado a si mesmo. A centralização dos lazeres na sociedade de hiperconsumo representa a pedra fundamental para a compreensão de sua estruturação e seus efeitos.

A subjetivação do consumo nada mais é que uma feérica busca pela concretização de experiências ainda desconhecidas. A novidade é o combustível do hiperconsumidor, é com ela que este novo 'homo consumericus' tentará renovar, de modo cíclico e incessante, o agora.¹⁹²

A mudança paradigmática relacionada ao sujeito, cada vez mais fragmentado entre tantas demandas e estímulos, característica da chamada pós-modernidade, tem sido notada pelos autores, que identificam o incentivo ao hedonismo, ao individualismo, entre outros fatores facilitadores desse processo de consumo exacerbado.

Se a modernidade era marcada pela ideia do indivíduo autônomo, consciente de sua autonomia e protagonista do seu próprio destino, a era atual leva ao extremo esse valor (CARDOSO, 2007) produzindo uma nova personagem: o *narciso*. Esse novo indivíduo (*homo psi*) libera de forma intensa um amor por si mesmo, promove uma deserção dos valores altruístas e acaba por instaurar um processo de personalização, isolando-se a si mesmo em seu mundo subjetivo. Na contemporaneidade, o hedonismo fundamentado no consumo de massa torna-se o valor por excelência da cultura. O prazer e o estímulo dos sentidos se tornam dominantes na vida comum. Essa lógica hedonista é levada ao extremo, pois o homem contemporâneo eleva exacerbadamente os valores da modernidade até seus mais altos limites.¹⁹³

Percebe-se, portanto, que, diante dessa nova sistemática, a aquisição de bens e serviços não será mais pautada por uma questão de necessidades primárias, mas, essencialmente, pela existência de estímulos diversos, fomentados tecnicamente pelo mapeamento que se tem da conduta humana em determinadas situações.

Se por um lado é possível defender a licitude da existência de mecanismos aptos a estimular o consumo dos produtos e serviços comercializados como consequência

¹⁹² FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Diálogos sobre direito civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p 33-34.

¹⁹³ CRUZ, Daniel Nery da. A sociedade do hiperconsumo - uma leitura sobre o individualismo contemporâneo na visão de Gilles Lipovetsky. **Revista Filosofia Capital – RFC**, ISSN 1982-6613, Brasília, vol. 8, n. 15, p. 26-40, jan/2013.

natural da própria atividade empresarial, com o objetivo de propiciar o sustento e o lucro do comerciante, preservar sua sobrevivência, fomentar a criação de empregos e gerar a arrecadação de impostos em favor do Estado; não se pode deixar de vislumbrar, em contrapartida, a conjuntura que envolve os consumidores, através de técnicas cada vez mais sofisticadas de indução ao consumo, muitas vezes, aproveitando-se de fatores inconscientemente utilizados pelo indivíduo no processo de decisão pela aquisição destes bens.

3.2.2 O desafio contra o hiperconsumo

A grande preocupação no tocante ao hiperconsumo, além da fragilidade e fugacidade dos laços que ele cria, posto que amparados na idealização de sua capacidade transformadora, revela-se na potencialidade de deflagração do superendividamento, posto que tal situação compromete sensivelmente a capacidade do indivíduo em se recuperar estruturalmente, mesmo em longo espaço de tempo, comprometendo não só sua vida econômica, mas ensejando uma série de efeitos nefastos em sua vida privada, a exemplo das crises familiares, depressão, perda de autoestima, alcoolismo, aumento dos casos de violência doméstica, problemas psicológicos, entre tantos outros apontados pelas pesquisas com pessoas superendividadas. Estes problemas foram relatados na pesquisa levada a efeito por Karen Rick Bertoncello e Clarissa Costa de Lima, ao comentar sobre a perda da autoestima dos entrevistados que estavam em situação de superendividamento:

Quando se assiste a uma combinação de perdas laborais com dificuldades financeiras facilmente se percebe uma degradação da auto-estima 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 as 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.¹⁹⁴

Razões de natureza econômica, como o desemprego, a inflação, a perda do poder aquisitivo, a incapacidade de organização financeira, ou de outras fontes, como fatos inesperados, como doenças, acidentes, despesas imprevistas, e, obviamente o consumo irracional podem deflagrar o superendividamento. Ao lado desses fatores,

¹⁹⁴ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 31-32.

existem outros que usualmente são negligenciados pelas pessoas e que geram a propensão para a perda do equilíbrio econômico, comprometendo suas finanças, e que são objeto de estudo da psicologia econômica.

A utilização de abordagens psicológicas para o entendimento da ocorrência dos fenômenos econômicos não é fato recente, pois há relatos de sua utilização desde os séculos XVIII e XIX, com o nascimento da ciência econômica. Muitos autores entendem que em 1881 teria surgido a psicologia econômica,¹⁹⁵ em razão de Gabriel Tarde ter se utilizado essa denominação, num artigo em que abordava a relação entre Psicologia e Economia. Posteriormente, Gabriel Tarde escreveu a obra “As leis da imitação” em 1890, em que estas estariam reunidas em três grandes categorias (imitação, repetição e inovação), as quais permitiriam uma análise do comportamento social e econômico por meio de uma ótica psicológica.¹⁹⁶

A Psicologia Econômica tem tido atualmente ampla conexão com a Psicologia do Consumidor, e teve grande impulso, em virtude dos estudos efetuados, desde a década de 40, por George Katona, tido como o pai da Psicologia Econômica, ao desenvolver um instrumento que avaliava a economia norte-americana fundada em aspectos psicológicos, ao qual denominou de “Índice de Sentimento do Consumidor”.¹⁹⁷ O grande trunfo de Katona se deve ao fato de que se revelaram acertadas suas previsões, que contradiziam as expectativas dos economistas que previam um pequeno nível de crescimento da Economia norte-americana, refutado pelas pesquisas de Katona que enxergaram um grande nível de otimismo, que veio a ser confirmado nos anos seguintes com a aceleração do consumo. Em virtude do sucesso de sua pesquisa amparada em

¹⁹⁵ Aqui se mencionam os trabalhos de FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas*. 2007. Tese. Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC. São Paulo, Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173> e as publicações do *Journal of Economic Psychology*. Disponível em: <https://www.journals.elsevier.com/journal-of-economic-psychology/>.

¹⁹⁶ FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas*. 2007. Tese. Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC. São Paulo, p. 07. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹⁹⁷ O estudo foi feito em grandes amostras da população norte-americana, através de um questionário acerca dos hábitos de consumo e das expectativas futuras quanto a gastos e ganhos. In: KATONA, George. *Psychological Economics*. New York: Elsevier, 1975 apud FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas*. 2007. Tese. Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC. São Paulo, p. 15. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173>. Acesso em: 12 ago. 2017.

componentes psicológicos dos fenômenos econômicos, esse ramo da Psicologia tomou grande impulso por ser verificada a eficiência dos seus referenciais.¹⁹⁸

Constantes têm sido as referências sobre os estudos de Freud sobre as pulsões existentes no indivíduo que comprometeriam as escolhas racionais acerca do consumo e que, por tais razões, seriam aproveitados pelo mercado no processo de indução nas escolhas e no desenvolvimento de produtos que se aproveitassem desse procedimento inconsciente.¹⁹⁹ Vera Rita de Mello Ferreira, citando diversos autores da Psicologia e da Psiquiatria, aborda os conceitos de “desconto hiperbólico subjetivo” e de “escolha intertemporal”, posto que eles refletem a complexidade envolvida nos processos mentais de escolha e de recompensa, que orientam as condutas humanas e que explicam as eventuais contradições entre posturas racionais e as que são adotadas pelo consumidor.

No que concerne ao “desconto hiperbólico subjetivo”, a autora cita a obra de George Ainslie,²⁰⁰ em que se afirma que as pessoas, da mesma forma que certos animais, usualmente:

[...] *descontariam* a perspectiva de uma recompensa futura numa curva mais agudamente inclinada do que a curva ‘racional’, prevista pela Economia tradicional, que é exponencial. Dentro de um gradiente de postergação que pode ir de segundos a décadas, entre pares de recompensas alternativas, podem ser identificadas preferências por recompensas menores, que venham mais rápido, àquelas, maiores, porém, posteriores, quando a espera pela recompensa menor for curta e, de outro lado, por recompensas maiores e posteriores, quando a alternativa menor será adiada, mesmo que o intervalo entre ambas permaneça o mesmo.

Assim sendo, a curva representativa será hiperbólica ao demonstrar que o valor é inversamente proporcional ao adiamento, gerando uma postura de conflito no íntimo do sujeito (“self”), fazendo com que Ainslie suscite a indagação sobre as escolhas efetuadas; se oriundas dos julgamentos ou dos desejos. Por sua vez, a “escolha intertemporal” é um conceito também associado à ideia do “desconto hiperbólico subjetivo”, refletindo a propensão de escolhas fundadas em ganhos imediatos, ainda que tragam mais riscos que aguardar para um momento mais propício e favorável.

¹⁹⁸ FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas**. 2007. Tese. Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC-SP. São Paulo, p. 15. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173>. Acesso em 12 ago. 2017.

¹⁹⁹ MENDES, Elzilaine Domingues; VIANA, Terezinha de Camargo; BARA, Olivier. Melancolia e depressão: um estudo psicanalítico. **Psic.: Teor. e Pesq., Brasília**, v. 30, n. 4, p. 423-431, Dec. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em 26 dez 2017. CANIATO, Angela Maria Pires; NASCIMENTO, Merly Luane Vargas. A subjetividade na sociedade de consumo: do sofrimento narcísico em tempos de excesso e privação. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 25-37, 2010. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php>>. Acesso em 25 dez. 2017

²⁰⁰ A obra em questão é *Picoeconomics: The strategic interaction of successive motivational states within the person*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

A noção de *escolha intertemporal*, que acompanha o conceito de *desconto hiperbólico subjetivo*, aponta para a possibilidade de optar-se por prazeres imediatos, em detrimento dos custos ou sacrifícios futuros implícitos aqui, ou aguentar não obter gratificação imediata em prol de satisfação maior, ou mais segura, no futuro. É, a nosso ver, o conceito que mais se aproximaria da teoria psicanalítica dos dois princípios do funcionamento mental (Freud, 1911-1976).²⁰¹

Nota-se, portanto, que não se pode desconhecer como o marketing se apropriou dos conhecimentos da Psicologia e das suas teorias para conseguir estimular o consumo e interferir no processo de escolhas, as ações do consumidor, atribuir valores aos bens e causar uma sensação de bem-estar, uma vez que ele não se processa necessariamente por uma forma racional. Destarte, um produto se metamorfoseia em algo mais valioso do que é efetivamente, passando a ser signo de uma conquista; as marcas passam a ser dotadas de valores intangíveis no inconsciente coletivo, em geral de status, credibilidade, sucesso, que embotam o processo de escolha. Assim se desenvolveu o conceito de branding, que representa a construção de marca que se quer divulgar, pois como “o tempo de que o consumidor dispõe para realizar suas escolhas e tomar suas decisões de compra ou de consumo é limitado, as marcas se convertem em importantes sinais de qualidade, assim como em barreiras potenciais à ação dos concorrentes”.²⁰² Portanto, o branding torna-se responsável em criar estruturas mentais que influenciarão a tomada de decisões.²⁰³

Pesquisas têm apontado o fornecimento de crédito como uma das maiores, senão a maior, causas do superendividamento dos consumidores,²⁰⁴ uma vez que a usual

²⁰¹ FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas**. Tese de Doutorado, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC-SP. São Paulo, 2007. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173>. Acesso em 12 ago. 2017.

²⁰² DALBO, Giancarlo; MILAN, Gabriel Sperandio; DE TONI, Deonir. O endosso por celebridade e a gestão da imagem da marca: evidências empíricas a partir do estudo da marca Ipanema Gisele Bündchen. **READ. Rev. eletrôn. adm. (Porto Alegre)**, Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 681-717, Dec. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

²⁰³ FONTENELLE, Isleide Arruda. Psicologia e marketing: da parceria à crítica. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 143-157, jun. 2008. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

²⁰⁴ Vide <https://www.serasaconsumidor.com.br/blog/2014/10/22/jovem-e-o-perfil-que-menos-controla-a-vida-financeira/> Acesso em 27 ago. 2017. Crédito, consumo e endividamento: Uma Análise Econômica do Segundo Governo Lula (2007-2010). Disponível em: <http://www.revistaespacios.com/a14v35n05/14350408.html>. Acesso em: 27 ago. 2017. FALCÃO, Rebeca de Queiroga. O superendividamento do consumidor: a necessidade de um tratamento legislativo no Brasil. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/5178>. Acesso em 27 ago. 2017. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Perfil do superendividado: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 389, e, BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010

impossibilidade de organização financeira dos mutuários; o não surgimento de renda extra para saldar a dívida contraída, acrescida de encargos contratuais; a corrosão do poder de compra e as taxas de juros aplicadas aos contratos de fornecimento de crédito, causam o agravamento do quadro do consumidor a ponto de comprometer sua solvência quanto às dívidas presentes e futuras. Uma breve análise da quantidade de demandas processuais envolvendo revisão de contratos de fornecimento de crédito²⁰⁵ evidencia a dimensão do problema hoje vivenciado por significativa parcela da população brasileira, em virtude de usar o crédito como uma parte do orçamento mensal, especialmente em razão de os valores recebidos não serem aptos a cobrir as despesas habituais, virando o crédito uma parcela adicional da receita da família.

A importância do crédito como elemento de fomento social não pode ser descartada, nem concebida de forma maniqueísta, uma vez que propicia a aquisição de bens e serviços que não seriam possíveis diante da pequena capacidade financeira das pessoas ou do núcleo familiar, notadamente em categorias assalariadas, cujos rendimentos invariáveis, ou com ínfima possibilidade de elevação substancial, impedem até mesmo a fórmula ideal da realização de uma economia mensal para a obtenção do bem à vista em um momento futuro²⁰⁶.

Não se pode desconhecer que, diante da realidade de significativa parcela da população brasileira, notadamente entre as menos favorecidas, em razão da carência de recursos; da falta de conhecimentos técnicos sobre educação financeira; do desconhecimento efetivo sobre os efeitos práticos da incidência de juros; da utilização do crédito, não obstante as altas taxas de juros nos contratos para a aquisição de bens duráveis ou no fornecimento de crédito propriamente dito, o consumidor estará diante de uma realidade pragmática; o da inviabilidade de adquirir aquele bem de outra forma, salvo por meio do parcelamento, por meio da concessão de crédito (de forma direta ou não, como se faz na inclusão dos juros nas vendas a prazo), o que faz com que ele analise

²⁰⁵ Dados fornecidos pela Associação dos Magistrados de Goiás informavam a existência de 140 mil ações revisionais, de busca e apreensão e consignação em pagamento no ano de 2013. Disponível em <https://asmego.org.br/2013/06/24/acoes-revisionais-emperram-justica/>. Acesso em: 08 dez. 2017. Outro número significativo é o de ações contra planos de saúde. De janeiro a setembro de 2017, o TJSP julgou 23.067 ações movidas por usuários. São 13.976 ações na primeira instância e 9.091 em segunda. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2017/10/aumenta-numero-de-acoes-contra-os-planos-de-saude-na-justica-paulista>. Acesso em: 08 dez. 2017.

²⁰⁶ Pouca diferença faria é o que nos parece, uma vez que muitos estabelecimentos comerciais não costumam sequer dar descontos nas compras à vista ou os conceder em percentual tão insignificante que não estimula sua aquisição em um só pagamento.

apenas a possibilidade de a parcela caber ou não no orçamento mensal, independentemente do valor final do bem após o pagamento do contrato.

Ocorre que o aumento do consumo, apesar de viabilizar a concretização de algumas necessidades básicas dos indivíduos, tem trazido, em contrapartida, um acentuado aumento do grau de comprometimento das famílias brasileiras, ocasionando efeitos colaterais, pois isso não só ocasiona a redução do percentual de vendas do comércio varejista, como também dá margem à elevação das taxas de juros na concessão de crédito diante do risco da inadimplência estrutural, o que ocorre com mais vigor em momentos de crise econômica, quando as demissões e encerramentos de empresas se tornam constantes, causando demissões e consequentes perdas de rendimentos.

Ao lado disso, também podem ser notadas consequências no plano jurídico, posto que o superendividamento compromete a capacidade de honrar as dívidas de toda natureza, ensejando consequentemente a inadimplência do devedor e ocasionando o aumento das demandas cíveis, tanto no que diz respeito às ações de cobrança, execução, rescisões de contrato, quanto na área do direito de família²⁰⁷ e, mais notadamente, na seara trabalhista, uma vez que a redução do consumo impacta sensivelmente na sobrevivência das empresas e aumenta o número de demissões.²⁰⁸ Logo, o estudo de mecanismos que impeçam ou atenuem os casos de superendividamento devem ser estimulados, com o fito de fazer desaparecer os efeitos nocivos deste fenômeno, uma vez que as consequências são sempre danosas não somente para o indivíduo, mas, também, para todo o entorno social do superendividado.

Pode-se afirmar que o aumento do consumo nas últimas décadas também foi fruto da significativa elevação do poder aquisitivo das classes C e D, com a criação do Plano Real, deflagrado no governo de Itamar Franco (1992-1994), concretizado na gestão de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), em que se obteve o começo da estabilização da economia, conseguindo frear o processo inflacionário que caracterizava os governos anteriores, responsável pela derrocada dos planos econômicos anteriores (Plano Collor, Bresser, Verão) e que se manteve sensivelmente alto nos mandatos de Luís Inácio Lula

²⁰⁷ GUIMARÃES, Bruno Alberto Soares; SILVA, Suame Pereira. Os reflexos da crise político-econômica brasileira no âmbito familiar. Disponível em: <http://www.oabma.org.br/agora/artigo/os-reflexos-da-crise-politico-economica-brasileira-no-ambito-familiar-161>. Acesso em: 07 set. 2017.

²⁰⁸ Crise faz número de ações trabalhistas subir 13% no TRT-15 em 2 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2017/03/crise-faz-numero-de-aco-es-trabalhistas-aumentar-13-no-trt-15-em-2-anos.html>. Acesso em: 07 set. 2017.

da Silva (2003-2010),²⁰⁹ com a adoção de outras políticas públicas como o Fome Zero, Bolsa-família e o Projeto Minha casa, minha vida, que propiciaram uma melhoria nas condições sociais.

Essa transformação do quadro social foi detectada pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), demonstrando que o Brasil tinha conseguido reduzir a pobreza extrema em 75% entre 2001 e 2012²¹⁰, conforme o Mapa da Fome de 2013, publicado em setembro de 2014. Advirta-se, contudo, que um relatório apresentado em julho de 2017, elaborado por entidades da sociedade civil, analisando o desempenho do Brasil no cumprimento dos objetivos estabelecidos pela ONU para o desenvolvimento sustentável revela o risco de o país retornar ao próximo Mapa da Fome, em virtude de uma série de fatores ocorridos entre 2015 a 2017, como o aumento do nível de desemprego, corte de beneficiários do Bolsa Família, elevação da pobreza e o congelamento dos gastos públicos por até 20 anos²¹¹, o que revela o grau de interligação entre a necessidade de políticas públicas de redução da pobreza e qualidade de vida no país, especialmente com a ocorrência do desemprego.

As pesquisas que foram efetuadas para aferir os resultados do processo de estabilização da economia desde a implantação do Plano Real constataram que os brasileiros puderam adquirir bens essenciais como refrigerador, fogões, aparelhos de TV, entre outros,²¹² justamente pela ampliação das linhas de crédito, em que pesem as elevadas taxas de juros que lhes são usualmente impostas nestes contratos. Com o objetivo de demonstrar a análise realizada para esta alteração de classe social, esclarecendo-se que se quer aqui apenas identificar aquele momento histórico de acentuado aumento do fornecimento de crédito e do consumo, podem ser citados os dados oriundos da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD) e da Pesquisa de

²⁰⁹ Consumo teve alta de R\$ 500 bi na era Lula, diz estudo. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,consumo-teve-alta-de-r-500-bi-na-era-lula-diz-estudo,8967e>. Acesso em: 01 set. 2017.

²¹⁰ A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) demonstrou que o Brasil conseguiu reduzir a pobreza extrema em 75% entre 2001 e 2012. No mesmo período, a pobreza foi reduzida em 65%. Brasil reduz a pobreza extrema em 75% entre 2001 e 2012, diz FAO. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-reduz-a-pobreza-extrema-em-75-entre-2001-e-2012-diz-fao,1560931>. Acesso em: 01 set. 2017.

²¹¹ LUPION, Bruno. Como o Brasil saiu do Mapa da Fome. E por que ele pode voltar. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/23/Como-o-Brasil-saiu-do-Mapa-da-Fome.-E-por-que-ele-pode-voltar>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²¹² Classe C já compra mais eletros que AB. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me1512201003.htm>. Acesso em: 01 set. 2017. FHC melhorou serviços, Lula distribuiu renda. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/economia/117659/FHC-melhorou-servi%C3%A7os-Lula-distribuiu-renda.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

Orçamentos Familiares (POF), efetuadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e também de trabalhos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pelo Instituto Data Popular, os quais constataram a elevação da classe média, em 35 milhões de pessoas, o que correspondia a 53% (cinquenta e três por cento) da população brasileira no ano de 2012, quando foram divulgados os resultados.

Na última década, 35 milhões de pessoas passaram a integrar a classe média no Brasil, segundo estudo da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) da Presidência da República, divulgado nesta quinta-feira (20). No total, estima-se que o Brasil tenha 104 milhões de pessoas na classe média, o que representa 53% da população brasileira – 20% estão na classe alta e 28% na baixa. Em 2002, 38% da população estava na classe média.²¹³

Essa elevação de classe social não implica necessariamente em uma transição tranquila e estável, posto que, sendo o consumo um elemento de avaliação desta mudança, o impacto do compromisso firmado para a aquisição de bens e serviços entrará na conta do percentual de endividamento dessas pessoas. Cite-se, por exemplo, a constatação que se tem com a análise da publicação efetuada, em dezembro de 2017, através da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), que tem sido apurada mensalmente pela Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo (CNC) desde janeiro de 2010:

O percentual de famílias que relataram ter dívidas entre cheque pré-datado, cartão de crédito, cheque especial, carnê de loja, empréstimo pessoal, prestação de carro e seguro alcançou 62,2% em novembro de 2017, o que representa uma alta em relação aos 61,8% observados em outubro de 2017. Houve alta também em relação a novembro de 2016, quando o indicador alcançava 59,6% do total de famílias.

Apesar da alta do percentual de famílias endividadas, o percentual de famílias com dívidas ou contas em atraso também diminuiu em novembro de 2017 na comparação mensal, passando de 26,0% para 25,8% do total. Entretanto, houve alta do percentual de famílias inadimplentes em relação a novembro de 2016, quando esse indicador alcançava 24,4% do total. O percentual de famílias que declararam não ter condições de pagar suas contas ou dívidas em atraso e que, portanto, permaneceriam inadimplentes ficou estável em 10,1% entre outubro e novembro de 2017, mas apresentou alta em relação aos 9,5% de novembro de 2016.

A alta do número de famílias endividadas, na comparação com o mês imediatamente anterior, foi observada apenas na faixa com renda até dez salários mínimos. Na comparação anual, ambas as faixas de renda apresentaram alta. Para as famílias que ganham até dez salários mínimos, o percentual de famílias com dívidas alcançou 63,7% em novembro de 2017, superior aos 63,2% em outubro de 2017 e aos 61,2% em novembro de 2016. Para as famílias com renda acima de dez salários mínimos, o percentual de famílias endividadas passou de 54,6% em outubro de 2017 para 54,5% em

²¹³Nos últimos 10 anos, 35 milhões de pessoas entraram na classe média. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/09/nos-ultimos-dez-anos-35-milhoes-de-pessoas-ingressaram-na-classe-media.html>. Acesso em: 03 set 2017.

novembro de 2017. Em novembro de 2016, o percentual de famílias com dívidas nesse grupo de renda era de 51,5%.²¹⁴

Nota-se, portanto, que a pesquisa evidencia altos índices de dívidas, sendo significativamente alto em novembro de 2017 (62,2%), maior que o mês de outubro de 2017 (61,8%) e bem superior ao ano de 2016, no mesmo mês de novembro (59,6%). Da mesma forma, em que pese a redução do o percentual de famílias com dívidas ou contas em atraso em novembro de 2017 (25,8%) em relação a outubro de 2017 (26,0%), aquele percentual é ainda superior que o mesmo período em 2016, quando o índice estava em 24,4%. Mais emblemático é o fato de que, entre as famílias de menor renda (até dez salários mínimos), o percentual de endividamento chegou a 63,7% em novembro de 2017, superando os 63,2% atingidos em outubro de 2017 e aos 61,2% de novembro de 2016, evidenciando uma alta constante.

Como salientado, não se pode atribuir as mazelas do hiperconsumo, ao crédito em si mesmo, posto que essencial dentro da estrutura capitalista e diante das vicissitudes econômicas brasileiras, mas sim, aos problemas causados pela sua oferta e distribuição, o que envolve essencialmente o dever de informar adequadamente, o que tem gerado as situações de superendividamento, como adverte José Reinaldo de Lima Lopes:

Assim, fala-se do crédito como um mecanismo de inclusão social, o que tem seu lado de verdade. De fato se vivemos em uma sociedade de crédito é óbvio que sem ele não há inclusão. [...] De outro lado, a ausência de crédito significa impossibilidade de assumir os compromissos básicos de uma vida urbana e dispor de alguma coisa. Mas não se esqueça de que o crédito é uma mercadoria. Como tal é anunciada e agressivamente promovida, sobretudo no Brasil, onde se conseguiu a proeza de transformar o salário dos trabalhadores e as pensões dos aposentados em objetos penhoráveis, pelo mecanismo altamente ambíguo do crédito consignado. Anuncia-se o crédito na televisão, enviam-se agressivamente propostas de cartões de crédito, há crédito por telefone, há crédito oferecido na rua e assim por diante.²¹⁵

Assim, revela-se como tarefa delicada e de difícil controle, impedir o consumo irracional, em virtude de uma conjugação de elementos que são prejudiciais ao exercício de uma postura adequada, que vão desde a necessidade do acesso ao crédito como renda extra necessária para a manutenção da sobrevivência ao consumo de bens em tese desnecessários, mas tidos por valiosos dentro de toda a estrutura de fomento ao consumo, perpassando por este caminho os mecanismos envolventes de apelo midiático

²¹⁴ Inadimplência atinge 20,4% das famílias paulistanas em novembro, o maior nível desde maio de 2012. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/noticia/inadimplencia-atinge-20-4-das-familias-paulistanas-em-novembro-o-maior-nivel-desde-maio-de-2012-1>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento. In: In: MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, BRUNO (org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2011, p. 6-7.

e pelas próprias armadilhas mentais criadas pelos indivíduos em seus processos de escolha e deliberação sobre suas condutas.

Não se trata só de compra por impulso ou venda emocional, mas de todo um aparato comercial – materializado através dos meios de comunicação e do marketing – que os fornecedores utilizam para que o consumidor efetivamente cumpra o papel que o mercado lhes reserva. Tal aparato já começa a agir lá nos lares dos consumidores, quando, através dos meios de comunicação, a publicidade massiva e o merchandising explícito nos programas televisivos criam novas necessidades (não essenciais em sua maioria!), para as quais é indispensável o consumo.²¹⁶

Embora não sejam coincidentes, o hiperconsumo é um elemento facilitador para o ingresso no estado de superendividamento, quando o indivíduo não consegue arcar com todo o volume de despesas criadas pelo consumo excessivo, por ser superior à capacidade econômica que detém. Assim, o desafio é encontrar meios legais e legítimos para conter os efeitos negativos do excesso de consumo, de preferência, de forma preventiva, já que os outros elementos deflagradores do superendividamento, quando derivados de situações alheias à vontade do indivíduo só admitirão uma tutela posterior. Como não existe ainda legislação específica sobre o tema, o superendividado fica à mercê de situações com pequena coercitividade, como foi por nós apresentado na dissertação mencionada, onde buscávamos mecanismos de proteção para a tutela contra o superendividamento, não havendo mudança significativa desde então, justamente por conta deste hiato legislativo.

Reportando às conclusões obtidas no desenvolvimento daquele trabalho, foi apontado que o ordenamento pátrio não tinha (nem tem ainda) instrumentos jurídicos específicos e hábeis a impedir a ocorrência do superendividamento. Primeiro, porque como este fenômeno é de natureza fática, não há como impedir sua deflagração em situações alheias à vontade do afetado, a exemplo da ocorrência de doenças e de desemprego, que independentemente de o sujeito não ter contraído qualquer empréstimo, as despesas existentes podem causar seu endividamento extremado. Segundo, porque mecanismos mentais propiciam o superendividamento, a exemplo da ausência de racionalidade nas escolhas, independente ou não de um apelo de marketing; as escolhas efetuadas por pura emoção e que se rendem às estratégias mercadológicas; a sublimação dos riscos de fatos negativos que podem acontecer na vida econômica da pessoa, entre tantas outras situações em que não há uma deliberação centrada na razão e na efetiva

²¹⁶ BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.º.64, out./dez, 2007, p. 179.

necessidade. Terceiro, porque os mecanismos jurídicos de resolução contratual, na maior parte das vezes, estão centrados nos vícios de consentimento, o que afastaria sua aplicação, em uma primeira análise, posto que a relação que originou o superendividamento ou contribuiu para sua concretização pode não conter qualquer vício de vontade. Quarto, porque, da mesma forma que na hipótese anterior, a relação negocial em si pode não conter qualquer desequilíbrio material que pudesse ser invocado para a redução dos encargos e recomposição do devedor. Quinto, porque a insolvência civil, além de pouco utilizada²¹⁷, não tem como escopo a reestruturação econômica do devedor, mas, muito ao contrário, visa à satisfação dos credores.

E, por fim, deve-se ter em mente que o superendividado, em regra, possui vários credores, e a situação só conseguiria ser adequadamente resolvida se proposta uma solução que abranja todas suas dívidas para que haja um planejamento de pagamento possível de ser concretizado, permitindo o reequilíbrio econômico. Destarte, qualquer solução individual provavelmente não surtirá o efeito desejado, posto que os demais compromissos permanecerão e os credores estarão aptos a deflagrar medidas constritivas do patrimônio do devedor

Há, na verdade, uma profusão de elementos que contribuem para a deflagração do superendividamento, situação fática com repercussão jurídica que será adequadamente abordada a seguir para que se possa, após seu delineamento estrutural, analisar a possibilidade de ampliação do seu conceito visando a alcançar outros sujeitos e objetos que não são contemplados no entendimento doutrinário e na proposta legislativa contida no Projeto de Lei nº 3.515/2015.

3.3 SUPERENDIVIDAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em que pese o fato de o superendividamento não ser um problema recente, as pesquisas envolvendo o tema só se tornaram mais constantes no Brasil, nos últimos dez anos, o que se acredita pela motivação da crise causada pelo subprime em 2007, porém esta preocupação já se encontrava prevista na doutrina estrangeira, fazendo parte, inclusive da legislação de diversos países, a exemplo dos Estados Unidos, através do Bankruptcy Code (1978), da Dinamarca (1984) e França (1989), como é relatado no

²¹⁷ Na época do desenvolvimento da dissertação nenhuma ação desta natureza foi encontrada tramitando perante a Justiça Estadual da Bahia.

projeto de tratamento das situações de superendividamento do consumidor levado a efeito por Clarissa Costa de Lima e Káren Bertoncello:

Para tanto, valemo-nos das legislações existentes sobre o tema no Direito Comparado como a exemplo da França, que inseriu no seu Código de Consumo título específico a partir do artigo L.333-1, sendo identificada, ainda, na Suécia (Lei de maio de 1994), na Alemanha (InsO 5/10/94 EgInsO em vigor em 1º de janeiro de 1999), na Áustria (konkursordnungs – novelle – 1993), na Dinamarca (Gaeldssanering 1984), na Finlândia (Lei em vigor a partir de 08 de fevereiro de 1993), na Bélgica (Lei em vigor a partir de 01 de janeiro de 1999) e nos Estados Unidos da América (Bankruptcy Code – 1978), demonstrando a repercussão, enquanto fenômeno mundial.²¹⁸

No Brasil, o estudo do tema se faz relevante em virtude das graves disparidades sociais e pelo alto grau de endividamento da população, notadamente nos últimos anos, após a oferta mais acentuada de crédito, como foi abordado, o que ensejou não só a possibilidade de ascensão social de camadas mais carentes da população com sua melhoria da qualidade de vida, com o acesso a bens essenciais que não podiam adquirir sem o fornecimento de crédito, mas, em contrapartida, levou significativa parcela da população a se endividar extremamente, comprometendo sua sobrevivência, em casos mais singulares.

Esta situação econômica não poderia passar ilesa ao estudo do Direito, posto que o superendividamento compromete a dignidade humana, reverberando em diversos campos da vida social do devedor, fomentando, portanto, a preocupação da doutrina pátria sobre o entendimento acerca do seu conceito, estrutura e, essencialmente, a tentativa de solução de um problema tão complexo e multifacetado.

3.3.1 O superendividamento como objeto de proteção jurídica

No início do presente capítulo, houve breve menção ao superendividamento como elemento derivado do hiperconsumo, uma vez que a assunção de dívidas acima da capacidade econômica do contratante, pode, em casos críticos, comprometer a possibilidade de fazer frente a tais despesas e ensejar a caracterização de um quadro estrutural que inviabilize a quitação destes compromissos, mesmo a médio ou longo prazo. Faz-se imprescindível, por conseguinte, estabelecer alguns marcos teóricos acerca

²¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010, p. 57.

do superendividamento, para que se possa entender sua conceituação, caracterização, abrangência e os mecanismos de regulamentação jurídica deste fenômeno.

De logo, deve-se deixar claro que, em nossa perspectiva, entendemos o superendividamento não como um fenômeno tipicamente jurídico, mas, uma situação fática que enseja consequências que também ecoam no plano das relações submetidas ao Direito, tornando-se apto, pois, à regulamentação pelo ordenamento jurídico.

O estudo do superendividamento tem sido cada vez mais ampliado não só em nosso ordenamento jurídico,²¹⁹ quanto na doutrina estrangeira²²⁰, pela incidência das situações em que ele vem se manifestando, notadamente, como mencionado, após a crise do subprime em 2007, nos Estados Unidos, em que se percebeu nitidamente o alto grau de endividamento extremo da população norte-americana, motivada pelas práticas de estímulo exacerbado ao crédito, aliado a práticas de má-fé de diversas instituições que atuavam naquele mercado, gerando um colapso de repercussão mundial.²²¹ O crescente estudo do tema reflete a preocupação com o grau de endividamento em significativa parte dos países capitalistas e que pode se atribuir como um reflexo do estímulo ao consumo como uma necessidade para o projeto de realização pessoal e de afirmação dos valores relacionados ao bem-estar, típicos da sociedade de consumo (ou hiperconsumo) alardeada por Baudrillard e Lipovetsky.

²¹⁹ A incipiência dos estudos sobre o tema em nossa doutrina foi apontada quando da elaboração da nossa dissertação de mestrado (2008-2010), ao citar as poucas obras que existiam à época.

²²⁰ Pode-se citar a preocupação da doutrina estrangeira sobre o tema, percebida na elaboração deste trabalho, a exemplo dos artigos de PAISANT, Gilles. Buena fé, crédito y sobreendeudamiento - el caso francés. **Revista de Direito do Consumidor** 2015, RDC 10, MELLADO, María Herrera. Nuevas políticas de protección del consumidor financiero: análisis de la reforma financiera y las novedades en la supervisión bancaria en el derecho comparado. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. V, n. 20, dezembro 2015**, LACOURSIÈRE, Marc. O contrato de crédito ao consumo no Canadá: rumo a novos horizontes. Tradução de Simone Backe. **Revista de Direito do Consumidor** 2013 RDC 88, DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007 (Tradução de Fernanda Sirotsky Scaletscky). **Revista de Direito do Consumidor**, 2011 RDC 80, The over-indebtedness of european households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. Disponível em https://www.mabs.ie/downloads/reports.../part_1_synthesis_of_findings_en.pdf. Acesso em: 07 set. 2017, RAMSAY, Iain. Comparative consumer bankruptcy. Disponível em: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/.../Ramsay.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017, REIFNER, Udo, KIESILAINEN, Johanna, HULS, Nik, SPRINGENEER, Helga. Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union. Final Report. Disponível em: http://www.knl.lv/raksti_data/1147/parskats_ES_2003.pdf. Acesso em: 07 set. 2017. Archive: Over-indebtedness and financial exclusion statistics. Disponível em http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Archive:Over-indebtedness_and_financial_exclusion_statistics. Acesso em: 17 dez. 2017

²²¹ PAULA, Luiz Fernando de e FERRARI FILHO, Fernando. Desdobramentos da crise financeira internacional. **Rev. Econ. Polit., São Paulo, v. 31, n. 2, p. 315-335**, June 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000200009. Acesso em: 07 set. 2017.

Não se pode deixar de levar em consideração o fato de que as singularidades do sistema econômico ao lado da infraestrutura social de cada nação influenciam diversamente na facilidade de ingressar no estado de superendividamento, pois países que não demandem de seus habitantes maiores custos dos rendimentos familiares com educação, saúde e gastos de primeira necessidade, e que possuam uma melhor infraestrutura social tendem, em tese, a ter menores graus de comprometimento dos seus cidadãos, uma vez que não precisarão aportar parcela significativa de seus ganhos com tais despesas, como acontece no Brasil, em que há um grande sacrifício do orçamento familiar para o custeio da educação em instituições privadas e no pagamento dos planos de saúde, em razão dos problemas existentes na rede pública desta áreas.²²²

Ressalte-se que isso é uma tendência, mas não necessariamente uma determinante, pois a existência de políticas públicas eficientes e a existência de estrutura social adequada, em campos sensíveis como saúde e educação, não impedem a existência do superendividamento, posto que os valores disseminados pela sociedade de consumo e outros fatores ora apontados induzem o consumo exagerado. Assim, é possível que o indivíduo, sem necessidade de destinar parcela dos seus rendimentos para custeio de itens essenciais, acabe por destina-los a despesas desnecessárias que o levem a tal quadro de endividamento extremo. Contudo, entendemos que a presença de um lastro social adequado tornaria mais viável o processo de reestabelecimento econômico do devedor, com a supressão das despesas supérfluas, já que não haveria a necessidade de comprometer sensivelmente seus ganhos em despesas básicas a exemplo das citadas, podendo estabelecer uma gestão racional de seus gastos futuros.

E a constatação deste fato se torna visível, a partir do momento em que são relatadas situações de superendividamento e se adotam medidas legislativas para tratar o problema, até mesmo em países de melhores índices sociais que os existentes no Brasil. Neste sentido vale recordar, por exemplo, o problema de custeio da saúde nos Estados Unidos, onde não existe, a rigor, um sistema público da saúde, o que ensejou a adoção de medidas para aumentar o número de pessoas com direito à cobertura hospitalar (que ficou conhecido pela alcunha de Obamacare), ou mesmo as situações de superendividamento na União Europeia e nos demais países europeus, o que tem motivado uma série de

²²² Segundo dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde em novembro de 2017, o número total de beneficiários de planos médico-hospitalares foi de 47.399.495 até outubro de 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4211-ans-divulga-numeros-atualizados-de-beneficiarios-de-planos-de-saude>. Acesso em: 10 dez. 2017.

estudos neste sentido,²²³ demonstrando como o aumento do custo de vida reflete neste problema, tendo sido apontado como uma das principais causas do superendividamento na Romênia, Bulgária, Hungria, Lituânia, Estônia e Grécia, além dos custos com os filhos, desemprego, e essencialmente, o alto nível de consumo de crédito,²²⁴ provando que as questões envolvendo a concessão de crédito podem ter variáveis, mas independem do contorno social para serem aptas a deflagrar o superendividamento.

Isto posto, percebe-se que não obstante a existência de um adequado patamar de direitos sociais não impede a ocorrência das situações de hiperconsumo, pois, além da necessidade hipotética de comportar-se de acordo com um padrão de vida estabelecido como o prioritário, existem também as circunstâncias alheias à vontade dos indivíduos que podem vir a causar desestabilidade nas finanças pessoais, a exemplo de divórcio, doenças, desemprego, inflação, entre outras situações.

3.3.2 O conceito doutrinário e legal do superendividamento

Para entender o superendividamento é indispensável que seja efetuada a análise acerca da adequação do conceito, a fim de se estabelecer a abrangência da proteção que lhe é conferida e quem pode ser seu destinatário. Em definição assentada por Cláudia Lima Marques, e costumeiramente repetida pela doutrina, o superendividamento representa “a impossibilidade de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo

²²³ Digna de nota a detalhada pesquisa efetuada em 2013, acerca das causas, da natureza do superendividamento, os efeitos em suas vidas e nas das instituições financeiras, além das consequências socioeconômicas, em todos os países da comunidade europeias, a pedido da DG Health and Consumers of the European Commission, denominada de The over-indebtedness of european households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. A síntese desta pesquisa está disponível em: https://www.mabs.ie/downloads/reports_submissions/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017

²²⁴ The over-indebtedness of european households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. Final Report Part 1: Synthesis of findings, p. 92-93. Disponível em: https://www.mabs.ie/downloads/reports_submissions/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017

(excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”,²²⁵ conceito ainda mantido pela doutrinadora gaúcha nas obras mais recentes.²²⁶

Este conceito se coaduna sobremaneira com as lições europeias sobre o tema, uma vez que a doutrina portuguesa, por exemplo, através de Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade, defende a existência de dívidas que não comportariam a exclusão da exoneração:

Algumas dívidas, como as de alimentos, as fiscais e as resultantes de ilícitos penais ou contra-ordenacionais não são passíveis de exoneração. A exclusão do perdão para certo tipo de dívidas é frequente em alguns ordenamentos jurídicos (por exemplo, no francês, belga, sueco ou norte-americano), sendo que, habitualmente, é o interesse de um terceiro especialmente necessitado (crédito por alimentos), o interesse público (dívidas fiscais) ou o interesse da comunidade na preservação da paz social e na punição dos infractores (dívidas na sequência de processos criminais ou de contra-ordenação) que determinam uma valoração particular do legislador e, conseqüentemente, um tratamento diferenciado.²²⁷

Patente, também, a relação daquele conceito com a legislação francesa, pois, para ela, o superendividamento é entendido como uma situação “caracterizada pela impossibilidade manifesta pelo devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não-profissionais exigíveis e não pagas²²⁸”, como estabelece a lei datada de 31 de dezembro de 1989, que se encontra igualmente prevista no *Code de la Consommation*.

O conceito acima exposto foi quase integralmente acolhido na redação atual do Projeto de Lei nº 3.515/2015, resultante da conversão do Projeto de Lei original de nº 283/2012²²⁹, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o

²²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. 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. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 256.

²²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 615.

²²⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina. Regular o superendividamento. <http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf?nocache=1210675423.37>, p. 17. Acesso em 09 de set. 2017.

²²⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento. **A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002, p. 10.

²²⁹ O conceito de superendividamento no Projeto de Lei 283/2012 estava previsto originariamente no art. 104-A, §1º, com a seguinte redação: 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.

tratamento do superendividamento, estando a ideia central regulada no art. 54-A, e o conceito previsto especificamente no § 1º do referido dispositivo legal:

Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

§ 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

§ 3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento.²³⁰

O artigo supramencionado, caso seja aprovado o Projeto de Lei nº 3.515/2015, além de outros dispositivos ali previstos, representará um grande passo no tratamento das situações de superendividamento, uma vez que o ordenamento pátrio não tem qualquer previsão específica sobre a matéria, o que denota uma indevida lacuna legislativa na proteção contra esta situação que se mostra cada vez mais usual, notadamente em períodos de crise financeira.

Outras definições também são apresentadas pela doutrina acerca do conceito de superendividamento, a exemplo do proposto por Fabiana Pellegrino, entendendo-o como sendo:

[...] 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.²³¹

Tal conceito não nos parece mais adequado porque vincula a existência do superendividamento a uma situação de concessão de crédito irresponsável, quando este fator, embora relevante e usual, não é o único motivo deflagrador de tal problema.

Márcio Mello Casado, por sua vez, afirma que o superendividamento teria a seguinte conceituação:

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 salários ou outros tipos de rendimentos, bem assim aquele que detinha uma renda, com a qual cumpria com as obrigações creditícias

²³⁰ Texto integral do Projeto de Lei 3.515/2015 está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 02 dez. 2017.

²³¹ PELLEGRINO, Fabiana Andreia de Almeida Oliveira **Tutela jurídica do superendividamento**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 258.

assumidas, vindo a perdê-la, em razão, por exemplo, de desemprego e, ainda, das situações de abusos de direito por parte dos credores de afã de obter maior margem de lucro.²³²

Percebe-se um melhor delineamento do tema, pois o conceito por ele sugerido tanto abarca as hipóteses de superendividamento ativo quando passivo, embora façamos ressalva quanto à primeira parte de sua definição, no que concerne à ideia de uma multiplicidade de vínculos que gerem o superendividamento, posto que, da mesma forma que no conceito anteriormente expandido, seja usual que o superendividado tenha uma série de dívidas inadimplidas, nada impede que ela se origine de uma só obrigação, a exemplo de um financiamento impossível de ser quitado por sua incapacidade financeira de administrar seus efeitos.

Também registramos nossa crítica ao conceito defendido por Marcio Mello Casado, por entendermos inadequado o fato de a definição ser traçada por meio de exemplos, porque acreditamos, que mesmo estabelecendo hipóteses de *numerus apertus* para as situações que ensejam o superendividamento, este modo de proposição conceitual pode indevidamente fortalecer um pensamento reducionista acerca do tema, pois, ao citar a ideia de má-fé da contraparte, atenua o argumento de que uma relação em que não tenha havido dolo ou abuso de direito não esteja apta a deflagrar o superendividamento, notadamente para o objeto da presente pesquisa que pretende ampliar o conceito de superendividamento, priorizando os elementos objetivos em seu delineamento.

Clarissa Costa de Lima basicamente cita a noção de Claudia Lima Marques: “O superendividamento pode ser definido 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 delitos e de alimentos)”²³³, sem trazer, portanto, qualquer acréscimo ao assunto neste particular.

No entendimento de André Perin Schmidt Neto, o superendividamento:

[...] diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas. Uma parte da doutrina considera ainda como sobreendividamento as situações em que o devedor, apesar de continuar a cumprir os seus compromissos financeiros, o faz com sérias dificuldades.²³⁴

²³² CASADO, Marcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. **Revista Direito do Consumidor**, nº 33. São Paulo: RT, 2000, p. 130-131.

²³³ LIMA, Clarissa Costa De. **O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

²³⁴ SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In: **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 13, jul./set. 2009.

Necessário se faz esclarecer que para a proposta do presente trabalho, a aprovação ou não do referido Projeto de Lei, ainda que no curso do seu desenvolvimento, não influencia suas conclusões, posto que a preocupação latente está em buscar uma ampliação do conceito de superendividamento, sendo, portanto, um trabalho com estrito efeito dogmático. No que concerne à parte legislativa, deve-se salientar, desde já, que entendemos como inadequado o conceito proposto pelo Projeto de Lei nº 3.515/2015, o que motiva as críticas efetuadas ao longo deste trabalho, especialmente ao ser sugerida uma interpretação conforme ao texto constitucional e ao próprio Projeto, uma vez que seus dispositivos falam expressamente na preservação do mínimo existencial, na proposta de alteração do artigo 6º do CDC, ou seja, na parte que versa sobre os direitos básicos do consumidor.

3.4 OS CONTORNOS DA AUTONOMIA

Em momento anterior deste trabalho²³⁵ foi discutida a evolução do princípio da autonomia da vontade, em sua feição clássica, até sua transmutação para a autonomia privada, migrando, conseqüentemente, de um paradigma calcado essencialmente na manifestação volitiva, como consequência da liberdade contratual, com escassos limites em sua aplicação, em decorrência do momento histórico existente, para alcançar limites derivados de valores éticos e socializantes, pela constatação da necessidade de um balizamento para as manifestações dos contratantes.

É certo que a autonomia não está vinculada apenas ao campo contratual, havendo dificuldade em sua precisa conceituação, haja vista que tênue é a linha que a separa do conceito de liberdade, em sentido lato, que extrapola, inclusive o campo do conhecimento jurídico, contudo para as finalidades deste trabalho, será analisada pela sua relação com o Direito.

Kant, ao tratar da temática, concebeu-a como autonomia da vontade, entendendo a como sendo:

[...]A autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer.²³⁶

²³⁵ Capítulo 2, tópico 2.2.1 A autonomia da vontade e a autonomia privada.

²³⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, p. 85.

Em virtude da importância da autonomia para o direito privado, Maurício Requião aponta três conclusões: a primeira delas decorre do fato de que sua polissemia induz a uma série de interpretações que poderão variar de acordo com o posicionamento ideológico do intérprete, necessitando, pois, ser densificada para não virar mero elemento retórico e panfletário. A segunda conclusão deriva de sua percepção como um direito, ainda que não absoluto, mas merecedor de guarida estatal. A terceira delas, e que se reputa mais associada ao trabalho, refere-se à constatação de que:

[...] a garantia da autonomia, assim como da liberdade, depende não apenas da não interferência indevida, mas também do oferecimento de condições para a sua realização. Nessa perspectiva a garantia da autonomia passa também por criar condições para que os que de alguma forma possam ter vulnerabilidade no uso desse direito o possam exercer. Se por um lado é importante a ausência de interferência indevida, por outro é igualmente importante a atuação para criar mecanismos que venham a favorecer o fortalecimento do direito à autonomia do sujeito.²³⁷

Percebe-se, portanto, que este último sentido da autonomia se faz latente nas situações em que o indivíduo, envolvido numa estrutura macroeconômica e de incentivos diversos, sucumbe aos estímulos e contrai débitos para a satisfação, não de necessidades essenciais, de cunho existencial, mas, pelo simples fato da aquisição ter um signo, uma representação além da própria realidade do objeto. Esta estrutura que se faz presente na sociedade e alimenta a lógica capitalista, sem qualquer limite, exige uma reprimenda estatal, uma vez que esse jogo de sedução pelo consumo afeta significativa parcela da população, comprometendo a implementação dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Afeta a justiça pois se utiliza de mecanismos diversos, quer oriundos das técnicas de marketing, quer seja de aspectos internos do ser humano, aproveitando-se das fragilidades e suscetibilidades humanas, que tendem à irracionalidade, diante de certas situações, ainda mais quando potencializadas pelo mercado. Interfere na liberdade, posto que ilusória tal condição, ao travar uma batalha de forças díspares, incutindo o desejo de consumo irracional. E, por fim, viola a solidariedade, pois o sistema não visa a manter um equilíbrio, nem contratual, nem social, nem ecológico, devido ao descarte inútil, promovido pelo consumo desenfreado e pela obsolescência programada, sem qualquer preocupação, em regra, com os resíduos decorrentes.

²³⁷ SANT'ANA, Maurício Requião. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade.** Tese (Doutorado), p. 38. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maurício%20Requião.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Todo este entorno pode legitimar a defesa do devedor em situações de superendividamento, para afastar a alegação de conduta dolosa ou, no mínimo, culposa em relação à criação da dívida. A solidariedade que se espera nas relações entre Estado e cidadãos e dos particulares entre si faz com que se possa propor a responsabilidade do mercado com base na teoria do risco criado, ou até mesmo conceber gradualmente o alargamento das hipóteses de risco integral, além das já existentes, como forma de contrabalançar as regras do jogo em favor dos contratantes mais débeis na relação.

É necessário que, nas sociedades modernas, capitalistas, logo, estimuladoras do consumo, seja firmado um espaço efetivo de manifestação desta autonomia, para que não retorne aos tempos clássicos do contrato, onde a liberdade e igualdade meramente formais tornavam a autonomia um mecanismo de dominação e arbitrariedade, sob a pecha de legalidade do negócio com a chancela do sistema jurídico.

Analisando o conflito existente entre autonomia e direitos humanos, em decorrência de tomada de decisões político-jurídicas questionáveis, porque tendenciosas a proteger interesses econômicos de grupos, associações, corporações, Carlos Alberto Simões de Tomaz exterioriza sua preocupação dizendo que:

Com efeito, no espaço democrático hodierno, se de um lado, as *regras do jogo* estão estabelecidas em um amplo pacto político originário do contratualismo, onde essas regras são definidas não para impedir que este [o jogo] se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato, não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos político-midiáticos ou financeiros, bem como para desenhar uma *pauta mínima de conteúdos* que expressem valores básicos a orientar uma sociedade justa e solidária'. [...] A bandeira da autonomia da vontade nunca foi tão longe içada e nunca serviu de máscara para fertilidade do neo-capitalismo atroz que abarca os interesses de grupos os mais variados que vão desde os detentores dos meios de comunicação aos multiplicadores de capital.²³⁸

Observa-se da distinção traçada por Maurício Requião a identificação de uma autonomia existencial, a qual “se identifica com a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna”²³⁹ e que está mais relacionada ao uso ativo dos direitos da personalidade, entre outras discussões de cunho não patrimoniais. Ressalta o autor que embora tal autonomia encontre proximidade com as questões da bioética, não deixa de ter conexão com outras esferas do indivíduo, inclusive nas questões de natureza patrimonial:

²³⁸ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. A liberdade democrática entre as regras do jogo e o jogo das regras. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17** – jan./jun. 2011, p. 286-288.

²³⁹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 31.

Por um lado, isso pode ser percebido porque o próprio o uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade na esfera negocial-patrimonial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta atual sociedade de consumo. Ou seja, a possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade e da sua autonomia pessoal. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a autonomia existencial, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado.²⁴⁰

Esta orientação coaduna-se com as lições de Perlingieri, no tocante à existência de situações patrimoniais que servem para realizar os interesses existenciais da pessoa. Com efeito, em inúmeras situações, até pelo regime capitalista que vivemos, as relações de cunho patrimonial serão essenciais para a aquisição de bens e serviços cuja indispensabilidade vai depender de cada situação e de cada sujeito, cabendo, em caso de alguma violação, a devida apreciação ponderando os valores ali envolvidos.

Não se pode deixar de ressaltar, contudo, que a autonomia, como mecanismo de plena e absoluta liberdade não nos parece um conceito válido e crível. Primeiro, porque nenhum direito é absoluto, o que, por si só, já estabelece uma limitação quanto ao seu exercício. Segundo, porque a autonomia necessita de uma margem de igualdade entre os contratantes e de um pleno e racional exercício, o que se viu, ser inexistente, até pelos próprios mecanismos mentais que nos induzem a decisões destoantes da lógica estrita. Assim, sua concepção deve guardar consonância com os valores pretendidos para uma sociedade menos carregada de distorções sociais.

Comentando essa ausência de pureza nas decisões tomadas, diante dos processos que se desenvolvem neste iter, Alexandre Chini e Diógenes Farias de Carvalho se socorrem de dados da Psicanálise para expor os mecanismos que subjazem as escolhas:

Freud (1895) desenvolve o conceito de desamparo, apontando-o como uma característica diferencial e constitutiva do ser humano que nunca poderá ser superada pelo sujeito, pois este buscará sempre meios que possam, ainda que ilusoriamente, suprimi-lo. Então, esse desamparo ou vazio, não é somente constitutivo do sujeito, como é também constituinte. O ser humano sempre terá uma busca constante do que possa satisfazer-lhe, preenchendo um vazio inaugural e numa repetição pela busca de aprovação, o que envolve as questões observadas anteriormente em relação à sociedade de consumidores. Assim, a sociedade de consumo só prospera quando perpetua essa sensação de desamparo dos seus membros, e sua insatisfação é agravada ainda mais pela frustração e pela infelicidade de uma total e inútil batalha, observando-se que nada que não é autêntico pode gerar a felicidade. E de modo superficial, esconder um desejo original jamais é autêntico.²⁴¹

²⁴⁰ Idem, p. 32.

²⁴¹ CHINI, Alexandre; CARVALHO Diógenes Farias de. O fenômeno do superendividamento - uma resposta ao desamparo na sociedade moderna. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. IV**, n. 15, Setembro 2014, p. 171

Essa eterna espiral de desejos fomentados para o consumo em excesso, obscurece a visão do indivíduo e torna ilusória a autonomia que a ele estaria assegurada, posto que todo o contorno é cuidadosamente erigido para esta finalidade. Não é sem razão que Bauman afirmava:

O objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda com menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a co-modificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à condição de mercadorias vendáveis. E, em última instância, por essa razão que passar no teste do consumidor é condição inegociável para a admissão na sociedade que foi remodelada à semelhança do mercado. Passar no teste é pré-condição de todas as relações contratuais que tecem a rede de relacionamentos chamada ‘sociedade de consumidores’ e que nela são tecidas.²⁴²

Comprometida a autonomia no espaço do mercado de consumo, deve ela ser funcionalizada, posto que sua noção atinge diretamente a teoria da interpretação, não mais podendo ser alçada a um patamar inatingível de proteção, em virtude de uma igualdade apenas existente no discurso, mas sem qualquer viés de realidade, daí que Tepedino assevera que “as relações jurídicas estruturadas para a proteção de interesses patrimoniais e individuais tornam-se vetores de interesses existenciais. Em última análise, o espaço de autonomia privada [...] é determinado pela função que desempenha na relação jurídica”.²⁴³

Entendemos, portanto, que a margem de autonomia que é assegurada aos indivíduos lhes confere o poder de realizar negócios jurídicos porque autorizados pelo ordenamento jurídico, mas, como adverte Roxana Borges, eles devem necessariamente, estar subordinados “às regulamentações do ordenamento nos mais diversos níveis hierárquicos, desde a Constituição até a noção de ordem pública”,²⁴⁴ salientando a autora que, segundo a lição de Luigi Ferri, o direito não só proíbe a lesão mas, também, determina a cooperação, a solidariedade entre os contratantes.

²⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008, p. 76.

²⁴³ Tepedino, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Volume 1 – Jul/Set 2014, p. 12.

²⁴⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

4 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO

Traçados os elementos delineadores do panorama contratual, principal fonte das situações de superendividamento e passados em revista os elementos delineadores deste instituto, cabe agora avançar sobre a proposta objetivada por este trabalho, no intuito de aferir a que ponto a solidariedade prevista na Constituição Federal de 1988 pode influenciar no superendividamento.

A Constituição de 1988 inaugura, por assim dizer, uma nova fase na história pátria, por se comprometer na defesa de valores democráticos, vinculados ao Estado de Direito, após um período de supressão de garantias individuais no regime antecedente à sua promulgação. Seu desafio é relevante, posto que vocacionado a modificar uma sociedade multifacetada, em um país de dimensões continentais e problemas de igual tamanho, onde o valor da dignidade da pessoa humana, norma fundamental da República, pode soar retórica, diante das precárias condições de vida de significativa parcela da população. Verificar a possibilidade de o princípio da solidariedade ser, de fato, algo que dê concretude aos objetivos constitucionais se faz mister tanto para o escopo deste trabalho cujo foco reside no superendividamento, mas traz, indiretamente, a análise de um plano de cidadania, pela construção de uma sociedade que depende ainda da iniciativa estatal para assegurar direitos básicos, mas que precisará trilhar seus caminhos, tomando por norte a importância da organização da sociedade civil, e, porque assim não dizer, de uma outra dimensão da solidariedade.

4.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Ao discorrer sobre o conceito do Direito, Miguel Reale asseverou que ele era “a realização ordenada e garantida do bem comum, numa estrutura tridimensional bilateral atributiva”,²⁴⁵ estando a tridimensionalidade vinculada aos aspectos normativo, fático e axiológico, posto que onde há um fenômeno jurídico haverá necessariamente um fato subjacente, um valor e uma regra ou norma, segundo sua concepção.

²⁴⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

Tendo em vista a imensidão de conceitos que tentam definir o Direito, e não sendo este o objeto do presente trabalho, optamos por nos filiar ao que sugere Miguel Reale, pelo coerente entrelace entre tais elementos. Estabelecida esta vinculação entre valor, fato e norma, tem-se que as pretensões de neutralidade axiológica, a exemplo do que foi preconizado pela Teoria Pura do Direito, devem ser descartadas, uma vez que os valores éticos e promocionais do Direito, diversamente da sua feição de manutenção do status quo, devem ser estimulados e concretizados para o alcance de objetivos que dignifiquem o ser humano, atuando como instrumento de modificação social, para que seja possível aproximar-se ao máximo possível da tão desejada sociedade livre, justa e solidária como enunciado no texto constitucional.

E, de fato, no atual estágio de evolução social e jurídica pretender que o Direito esteja desatrelado de conotações valorativas, em que pese o eventual risco que isso possa propiciar, negligenciando os avanços adotados na edificação dos direitos adquiridos, notadamente os fundamentais sociais, representaria um retrocesso jurídico, diante da necessidade de serem garantidas as conquistas que foram paulatinamente asseguradas para a proteção das pessoas.

Marcos Sampaio de Souza assevera que “a pós-modernidade jurídica gestou um pós-positivismo que não conforma um plano limitado ao meramente teórico e abstrato, insensível aos problemas que se antepõem para solução”, em virtude de ter sido abandonada a concepção de neutralidade política, moral ou axiológica na construção do Direito. Assim sendo, é atribuída uma nova dimensão ao direito constitucional que permite que ele possa dar máxima força normativa à constituição, notadamente nas questões relativas de implementação dos direitos fundamentais.²⁴⁶

Ao discorrer sobre a nova feição do direito constitucional, Daniel Sarmento, enuncia que o neoconstitucionalismo é um passo adiante em relação ao constitucionalismo, porque enquanto este corresponde a uma doutrina que basicamente visava à contenção do poder estatal, aquele representa uma nova concepção de Constituição, que ao assumir o aumento de suas tarefas, busca a implementação de valores humanitários no ordenamento jurídico, reconhece sua força normativa e fortalece o papel

²⁴⁶ SOUZA, Marcos Sampaio de. O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro. Dissertação de mestrado, p. 42. Disponível em: [http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZ A%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf](http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZ%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf). Acesso em: 01 out. 2017.

da jurisdição constitucional através da penetração de seus princípios e valores nas mais diversas áreas do ordenamento.²⁴⁷

Ainda que haja certa dose de imprecisão acerca do conceito de neoconstitucionalismo,²⁴⁸ esta corrente doutrinária tem sido associada a uma modificação do direito constitucional, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a qual se desenvolveu em três campos: histórico, filosófico e teórico.²⁴⁹

O aspecto histórico decorre da mudança necessária nas Constituições para fazer constar os direitos e garantias fundamentais individuais, após todas as tragédias promovidas pelos Estados totalitários durante a Segunda Guerra Mundial, que, em muitas vezes, agiram sob o permissivo legal existente, a exemplo das normas da Alemanha nazista que permitiam a postura segregacionista contra os judeus, homossexuais, ciganos, e que levou à deflagração do Holocausto. Esta modificação de perspectiva pode ser constatada, por exemplo, no teor da Lei Fundamental de Bonn (1949) e nas Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), como forma de assegurar ao cidadão sua defesa quanto aos desmandos do Estado.

O artigo 1º da Constituição da Alemanha, uma das nações mais responsáveis pelas atrocidades cometidas no segundo conflito mundial, preocupou-se em adotar uma postura bem clara para demonstrar esta mudança paradigmática como forma de expurgar as condutas passadas:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]
 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
 (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
 (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.²⁵⁰

Não se pode deixar de mencionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

²⁴⁸ Sobre esta incerteza e imprecisão conceitual adverte Luís Roberto Barroso. In BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 01 out. 2017.

²⁴⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 03-05. Acesso em: 02 out. 2017.

²⁵⁰ Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

1948²⁵¹ como marco do que Norberto Bobbio chama de terceira e última fase do processo de universalismo da formação das declarações de direitos, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva; universal porque direcionada a todas as pessoas, independente da sua nacionalidade, e, positiva, segundo suas palavras, por ensejar um “processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”. Ao se chegar nesse ponto, Bobbio entende que os direitos do cidadão terão se transformado em direitos do homem.²⁵²

O segundo aspecto apontado por Eduardo Cambi acerca do neoconstitucionalismo deriva do elemento filosófico, ao afirmar que a dissociação da identificação do direito com a lei, permitiu estabelecer o desenvolvimento da distinção entre as regras e os princípios, atribuindo força normativa aos últimos, “com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição”.²⁵³

Entende Luís Roberto Barroso que o pós-positivismo como “marco filosófico do novo direito constitucional” trabalha com a confluência de duas correntes distintas, porém, em alguns pontos, complementares; o positivismo e o jusnaturalismo, haja vista que não vai se desprezar o direito posto, apesar de não ser ater à legalidade estrita, e, ao mesmo tempo, irá fundar sua interpretação e aplicação amparada numa teoria da justiça, mas “sem recorrer a categorias metafísicas”.²⁵⁴

Esse argumento tem estrita conexão com o terceiro aspecto, o teórico, que traduz as modificações ocorridas na aplicação do direito constitucional, quais sejam: “a)

²⁵¹ Aduz o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando 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. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum”. Em seguida, aduz o artigo 1: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 06 dez 2017.

²⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpressão. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

²⁵³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 05. Acesso em: 02 out. 2017

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 01 out. 2017.

o reconhecimento de força normativa à Constituição²⁵⁵; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.²⁵⁶

Estas alterações, que se entrelaçam, produziram significativo impacto na aplicação das normas constitucionais, especialmente pela forma de conceber a constituição não mais apenas como mera regra programática, de conteúdo estritamente político, sem qualquer efetividade no plano social, mas sim, de norma jurídica apta à produção de efeitos, permitindo uma efetiva participação do Poder Judiciário, fazendo com que a concretização dos objetivos propostos não ficassem unicamente atrelados à boa vontade e interesse dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo. Transportando-se o conteúdo das normas da Constituição para normas jurídicas infraconstitucionais ocorre a expansão da jurisdição constitucional, posto que a proteção dos direitos fundamentais passa a ficar a cargo do Poder Judiciário, blindando-os contra os desmandos do poder estatal, razão pela qual houve o surgimento de modelos de controle de constitucionalidade através da criação de tribunais específicos para esta finalidade.

Por fim, também claramente associada ao fenômeno da força normativa da Constituição, está a nova forma de interpretação constitucional, pautada, por conta das singularidades da norma maior, em princípios de natureza instrumental, quais sejam; “o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade”.²⁵⁷

Toda esta gama de elementos torna possível conceber a efetivação dos direitos e garantias fundamentais nas relações jurídicas e sociais, a partir do momento em que, embora relevante a conformação destes conteúdos constitucionais através da legislação interna, não haverá uma privação absoluta de proteção da garantia assegurada, se, porventura houver alguma lacuna nas normas infraconstitucionais, deixando-as de

²⁵⁵ Por todos, ver HESSE, Konrad Hesse. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 01 out. 2017

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 01 out. 2017

regular especificamente, até porque o art. 5º § 1º, da Constituição Federal de 1988 prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Diante das múltiplas denominações que têm sido empregadas pela doutrina é necessário estabelecer se seria possível usar indistintamente as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Ingo Sarlet posiciona-se dizendo que apesar dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” serem usualmente empregados como sinônimos, a distinção que deve ser feita é que os direitos fundamentais se referem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo direito constitucional positivo de um Estado, enquanto os direitos humanos têm “relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”, o que, segundo ele, estabelece um caráter supranacional (internacional) a esta expressão.²⁵⁸

Nota-se, contudo, que a Carta Magna de 1988 usa a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”, usando-a como gênero que abrange todas as espécies de direitos, independentemente de estarem se referindo às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou aos direitos civis individuais e coletivos, aos direitos sociais, de nacionalidade, políticos, dos partidos políticos e dos econômicos.²⁵⁹

José Afonso da Silva emprega a expressão direitos fundamentais do homem, no sentido de pessoa humana, por entender como a mais adequada, uma vez que designa “[...] no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.²⁶⁰ Para ele, a expressão fundamentais reporta-se às situações jurídicas que, sem sua ocorrência, tornam impossíveis a realização da pessoa humana e sua sobrevivência.

Em que pese a contundente crítica efetuada por constitucionalistas acerca do atrelamento dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana²⁶¹, filiamo-nos à corrente daqueles que vislumbram na dignidade um critério relevante para a unificação

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

²⁵⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., revista, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 569-570.

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 178.

²⁶¹ Aqui citamos a crítica efetuada por Canotilho que afirma que tal ideia “expulsa do catálogo material dos direitos fundamentais aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é; não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 4 reimpressão. Coimbra: Almedina, p. 407.

de todos os direitos fundamentais, não obstante o fato de que nem todos os direitos fundamentais terão como origem a dignidade, a exemplo daqueles que são assegurados às pessoas jurídicas, posto que nesta situação, a referência ocorrerá de forma indireta.²⁶²

Neste sentido é a lição de Ingo Sarlet

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).²⁶³

Na condição de normas-princípios, uma vez que manifestam mandados de otimização (*Optimierungsgebote*), na acepção dada por Robert Alexy,²⁶⁴ os direitos fundamentais dão densidade semântica ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo, por conseguinte, sua efetivação através de todos os Poderes, em suas áreas de atuação,²⁶⁵ sendo possível, portanto, defender sua aplicação de forma máxima para concretização dos objetivos constitucionais. A partir do momento em que o Estado assume o compromisso de buscar a implementação de um programa que expõe politicamente em sua Constituição, as normas tidas por direitos fundamentais devem ter força jurídica suficiente para proporcionar tais objetivos no plano prático, para que não permaneçam como meras pretensões retóricas, incidindo, por conseguinte, também, nas relações privadas.

A evolução do direito constitucional e a afirmação da dignidade da pessoa humana, agora alçada a paradigma essencial da proteção jurídica, trouxeram à tona a questão da necessidade de discutir a proteção do particular contra outros centros de poder que não necessariamente emanados do poder estatal, mas agora, de origem privada. Analisando-se a atual tessitura social, Juan Maria Bilbao Ubillos informa que o direito privado não está imune ao fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de

²⁶² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., revista, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 554.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. 10. ed. rev., atual. e ampl. p. 77.

²⁶⁴ Aqui com base na definição que “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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2. ed., 2. reimp., 2014, p. 90.

²⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., revista, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 575.

interferir na esfera jurídica alheia, afetando suas decisões ou de impor sua própria vontade, podendo tal realidade ser constatada através da existência de vários centros de poder privado, já que o poder já não mais está concentrado no aparato estatal, mas difuso na sociedade.²⁶⁶

No mesmo diapasão, afirma Marcelo Schenk Duque, ao tratar da necessidade da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, amparando-a em dois argumentos: o primeiro decorrente da ausência de lógica em se estabelecer éticas diversas na sociedade; uma regulando as relações entre o Estado e os particulares e, outra diversa entre os particulares; e o segundo, justificando-se precisamente pela necessidade de se estabelecer uma proteção contra os poderes de instituições privadas que costumam violar os direitos fundamentais mais frequentemente que o próprio Estado, em virtude do poder neles consubstanciado em vários segmentos sociais.²⁶⁷

Estes centros de poder podem ser encontrados, por exemplo, nas relações de emprego, na família, nos grandes conglomerados econômicos, que, muitas vezes, têm capacidade financeira mais relevante que nações inteiras, estabelecendo as normas que devem ser acatadas para seu ingresso no país, nos cartéis que se desenvolvem nas sociedades de consumo, entre tantas outras situações, em que se vê uma disparidade de forças entre os contratantes, razão pela qual Marcelo Schenk Duque ao tratar acerca desta falta de simetria decorrente de uma disparidade substancial entre as partes envolvidas, entende que sequer se pode falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porque o detentor do poder está em posição dominante que impede a igualdade entre os particulares envolvidos numa determinada relação travada entre eles.²⁶⁸

Discorrendo sobre o tema, Daniel Sarmento, afirma que a teoria liberal clássica situava a questão dos direitos fundamentais no campo da imposição de limites ao exercício do poder do Estado, o que não se compatibiliza com a realidade social vigente, pois a opressão e a violência contra os cidadãos não são protagonizadas apenas pelo Estado, mas por “uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa”, fazendo com que se torne essencial a

²⁶⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

²⁶⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116-117.

²⁶⁸ Idem, p. 304.

incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, notadamente quando o contorno social revela disparidade entre os entes privados, sob pena de se reduzir a proteção daqueles que estejam em situação de maior debilidade nas relações jurídicas.²⁶⁹

O chamado efeito horizontal dos direitos fundamentais deriva do reconhecimento dessa realidade, em que as relações de poder também se deslocam para a área privada. Historicamente, atribui-se ao caso Lüth, o deflagrador dessa teoria, pois, na década de 50 do século passado, em virtude da divulgação do filme chamado *Amada Imortal*, dirigido por Veit Harlam, diretor com associação notória com o nazismo, Erich Lüth organizou um movimento de boicote ao filme, causando prejuízo aos investidores, o que motivou Veit Harlam e a distribuidora do filme a ingressarem com ação cominatória contra Lüth, sob o fundamento de que sua manifestação correspondia violação à ordem pública e ao BGB.²⁷⁰

O pedido de Veit Harlan foi julgado procedente em todas as instâncias ordinárias, todavia, Lüth recorreu para a Corte Constitucional alemã tentando reverter a decisão proferida, suscitando a liberdade de expressão. Em 1958, a Corte Constitucional deu provimento ao recurso de Lüth, ao entender que o boicote levado a efeito não violava, necessariamente, os bons costumes, consoante a redação do § 826 do Código Civil alemão; e que a conduta de Lüth poderia ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento, a qual deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que amparava a ordem pública.²⁷¹

Daí nasce a noção da aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares, o que é denominado de *Drittwirkung*, ou seja, eficácia horizontal ou efeito perante terceiros. A decisão é tão emblemática que Robert Alexy

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em: 11 dez 2017.

²⁷⁰ LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em 02 dez. 2017.

²⁷¹ LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 02 dez. 2017.

afirma que dela derivam três ideias que foram essenciais para moldar o direito constitucional alemão:

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um ‘efeito irradiante’ sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*unbiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário.²⁷²

Sobre o tema há três grandes correntes: a que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (doutrina da “*state action*”); a que entende existir uma eficácia indireta (mediata) e a que defende a aplicação direta (imediata). Note-se que no Brasil, apesar de o art. 5º, em seu parágrafo primeiro, estabelecer a eficácia imediata dos direitos fundamentais (§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), não há cláusula específica quanto à possibilidade no caso da chamada eficácia horizontal, o que poderia dar um fim na discussão, não obstante a própria ressalva feita por Ingo Wolfgang Sarlet ao dizer que, mesmo em Portugal esta discussão não está encerrada, não obstante a Constituição portuguesa estabelecer expressamente a eficácia direta quanto aos particulares²⁷³, em seu art. 18 1º.²⁷⁴

A corrente negativista que impera nos Estados Unidos defende a inaplicabilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em síntese, por dois motivos. O primeiro deles está relacionado ao fato de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, sem atribuir, contudo, direitos aos

²⁷² ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/58027792/Robert-Alexy-Direitos-Fundamentais-Balance-Amen-To-e-Racionalidade>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 363.

²⁷⁴ Constituição portuguesa: Art. 18º Força Jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 dez. 2017.

particulares em face de outros indivíduos, salvo quando previu a proibição da escravidão, através da 13ª Emenda. Vigora nos Estados Unidos, a designada teoria da *state action*. Esta teoria apresenta como um dos seus fundamentos, a proteção à autonomia privada, ao entender que a atuação no âmbito privado está a salvo das proibições constitucionais. O segundo motivo decorre da existência do pacto federativo, ou seja, via de regra, nos Estados Unidos cabe aos Estados e não à União, versar sobre matéria de direito privado.²⁷⁵

A segunda corrente, por sua vez, defende a aplicação indireta (mediata) da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Para esta teoria, cujo precursor foi Günter Dürig, através de sua obra “*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*” publicada em 1956, e que tem predominante aplicação na doutrina e jurisprudência alemãs, os direitos fundamentais não poderiam ser suscitados diretamente como direitos subjetivos com remissão à Constituição. Aqui, o fundamento reside no fato de que o particular pode renunciar a direitos fundamentais em suas relações privadas, o que não seria admissível se a relação se desse com o Poder Público, como forma de impedir o excesso derivado da disparidade de forças. Assim, determinados atos, embora não passíveis de renúncia em face do Poder Público, poderiam ser ajustados diante de outro particular, posto que a aplicação da eficácia imediata causaria o fim da autonomia da vontade, comprometendo o Direito Privado, que passaria a ser mera concretização dos desígnios do Direito Constitucional.

Não obstante o rechaço da teoria à aplicação direta, Dürig entendia a necessidade de submeter o direito privado aos valores constitucionais, notadamente à dignidade da pessoa humana, através da utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados estabelecidos, ao que ele se referia como verdadeiras portas de entrada dos direitos fundamentais no direito privado. Outro entrave apontado para acatar a aplicação direta seria a eventual concessão de poderes excessivos ao Poder Judiciário, em matéria privada, em decorrência do grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais.²⁷⁶

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 63-66, out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em: 11 dez 2017.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 67, out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em: 11 dez. 2017.

Por fim, a terceira corrente advoga a possibilidade de aplicação direta (imediate) dos direitos fundamentais em matéria privada. No tocante à doutrina estrangeira, costuma-se citar as lições de Juan Maria Bilbao Ubillos, que alega que se pode até discutir como e em que medida os direitos fundamentais regem as relações entre particulares, mas não há dúvidas sobre sua aplicação. Em adição, defende que a eficácia imediata seria uma cláusula de garantia do sistema de proteção dos direitos fundamentais, sendo que a tutela poderia ser dada diretamente pela constituição quando houvesse lacunas na legislação, contudo, a existência de norma legal que reitere a regra não afastaria a ideia da eficácia imediata.²⁷⁷ Ressalta, contudo, que a aplicação direta comporta limites, pois a polivalência dos direitos fundamentais não pode ser transposta sem qualquer abrandamento para as relações privadas, cabendo a análise pontual da situação, por envolver o frágil equilíbrio entre direitos, liberdades e autonomia negocial.²⁷⁸

Essa preocupação entre a aplicação dos direitos fundamentais sempre se faz presente na doutrina, em virtude do razoável receio de que o Poder Público, esgrimindo o argumento de aplicação de algum valor maior, possa interferir na área de liberdade que é assegurada ao cidadão, notadamente em se tratando de regimes totalitários ou não efetivamente comprometidos com as garantias constitucionais, uma vez que nas situações de aplicação direta é que os problemas de harmonização se tornam mais relevantes, pelo conflito entre o direito fundamental apontado como violado e a manifestação da autonomia privada, como se vê na ponderação efetuada por Virgílio Afonso da Silva, ao dizer que “a principal questão a ser resolvida nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la”.²⁷⁹

Entendemos pertinente a aplicação da teoria que admite a eficácia direta (imediate), porque ela atende mais adequadamente aos fins colimados pela Constituição, em que pese tal escolha possa, de alguma forma, interferir na liberdade assegurada, desde que os valores em jogo, justifiquem o seu eventual afastamento para fazer valer os hierarquicamente superiores e que se encontrem em consonância com a busca dos objetivos preconizados pela lei maior.

²⁷⁷ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 316-317.

²⁷⁸ Idem, p. 332.

²⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148.

Como advertido por Ubbilos, da mesma forma que a ausência de uma norma infraconstitucional específica, garantidora da aplicação ou regulamentação de um direito fundamental não impediria a aplicação do preceito fundamental de forma direta, por um processo hermenêutico de colmatação da lacuna legislativa; em contrapartida, a existência de um dispositivo infraconstitucional não significaria a não incidência da eficácia imediata. Saliente-se, ademais, que estes movimentos de aplicação ou colmatação não reduzem a importância das normas regulamentadoras dos direitos fundamentais, até porque, como já salientado, a usual abstração dos conteúdos presentes na Constituição, muitas vezes impede a aplicação automática para as relações entre particulares, sendo necessário o trabalho das normas ordinárias para que sejam aplicadas entre os cidadãos. Contudo, registre-se que esta abstração dos conteúdos constitucionais não pode ser configurada como elemento impeditivo para a aplicação das normas fundamentais, notadamente pela estrutura fomentada pelas normas de conceito indeterminado, pelos conceitos abertos (boa-fé, equidade, ordem pública, bons costumes etc.) e todas as técnicas constitucionais aplicáveis nas situações de violação a um interesse ou direito subjetivo.

Em nosso ordenamento não há unanimidade sobre o tema, como se pode perceber do pensamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que afirmam que não é possível a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, de forma direta, ainda que haja significativa disparidade social entre as partes, uma vez que ao particular não seria concedida qualquer “prerrogativa normativa, a nenhuma outra face da mesma norma que lhe conferiria o contrário do dever [que tem de acatar o direito fundamental]: a atribuição de uma posição jurídica de direito subjetivo”.²⁸⁰ Em contrapartida, Sarmiento, defensor da aplicação direta, expõe como uma das provas deste efeito, a possibilidade de o particular figurar no polo passivo dos remédios constitucionais voltados à tutela dos direitos fundamentais,²⁸¹ logo, se ele está legitimado para figurar em tal polo, por norma expressa que prevê tal situação, essa condição revelaria a aceitação pelo ordenamento pátrio acerca da aplicabilidade da eficácia direta.

No mesmo sentido, evidencia-se a posição de Ingo Sarlet, ao esclarecer que se houver lei restritiva de direito fundamental, esta deve observar como limite o núcleo

²⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 277.

de proteção, porque sua violação deflagraria a inconstitucionalidade do ato legislativo,²⁸² posto que ultrapassados os valores constitucionais que justificariam a restrição. Contudo, a inexistência de lei regulamentadora da situação de forma direta, não enseja a vedação de apreciação direta pelo Poder Judiciário, posto que esta omissão de lei que obstaculiza a efetividade do direito fundamental, apesar de não visível (no sentido de não existir lei expressa), não deixa de ser uma violação à determinação de proteção dos direitos fundamentais, cabendo ao juiz, da mesma forma que atua no preenchimento das cláusulas gerais, “atentar para a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, pois a tutela de um direito fundamental, com a supressão da omissão legal, poderá atingir outro direito fundamental”.²⁸³

Ressalte-se que esta observação de Ingo Sarlet foi feita, em virtude da crítica que tece ao posicionamento de Canaris, em decorrência dele defender, com base na Constituição alemã, que os direitos fundamentais têm vigência imediata, mas se dirigem apenas contra o legislador e o juiz, ou seja, os “destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”.²⁸⁴ Assim, superada a perspectiva de que a Constituição garante aos indivíduos apenas direitos originários negativos, de abstenção estatal, o juiz, ao apreciar o caso concreto,

[...] não importando se os direitos fundamentais incidem diretamente sobre os particulares ou se apenas incidem sobre estes mediante a participação do Estado – tem de considerar o direito fundamental e, ao mesmo tempo, aplicá-lo de forma a não violar o direito fundamental que com ele se contrapõe, utilizando-se da regra da necessidade, que implica a imposição do ‘meio idôneo’ e que causa a ‘menor restrição possível’.²⁸⁵

Embora em nosso ordenamento também não haja unanimidade sobre a aplicabilidade imediata ou mediata, a discussão parece ter perdido um pouco o sentido para os poucos doutrinadores que negam sua aplicação imediata, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em várias decisões reconheceu que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada decorre de forma direta e imediata. Recorde-se, neste sentido, as decisões proferidas em 1996 e 1997, respectivamente, no RE 158.215/RS, em que foi

²⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 238-239.

²⁸³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1085.

²⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

²⁸⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1086-1087.

determinada a observância do direito à ampla defesa em situação de exclusão de associado por uma cooperativa, e no RE 161.243/DF, em que aplicou a empregado brasileiro o estatuto de uma empresa que previa benefícios a empregados de nacionalidade francesa. Ademais, já no ano de 2006, no julgamento do RE 201.819/RJ, foi, mais uma vez, assentada a premissa lançada pelo voto proferido por Gilmar Mendes, no sentido de que “o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a ideia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal”. Neste julgamento, Joaquim Barbosa afirmou, com fundamento na constitucionalização do direito privado, que “as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais”, embora tenha efetuada a ressalva que a incidência de tais normas deve ser aferida casuisticamente, para não privar em demasia a autonomia dos envolvidos.²⁸⁶

A tendência continua mantida se se observar que no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.008.625/SP, Luiz Fux, asseverou que as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada”, vinculando, portanto, não apenas os poderes públicos, mas também as relações privadas.²⁸⁷

Percebe-se, assim, que, como salientam Rubia Carla Goedert e Rosalice Fidalgo Pinheiro, que a Constituição sofre significativa mudança, passando de mero limite ao poder político sem qualquer interferência nas relações privadas, para dar contornos às relações sociais e econômicas, “devendo o magistrado interpretar o conflito de acordo com os direitos fundamentais, portanto, à luz da tábua axiológica da Constituição”.²⁸⁸ De tudo o que foi narrado, conclui-se, por conseguinte, que é perfeitamente admissível a aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, como forma de implementar o projeto constitucional estabelecido na defesa destes direitos e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Faz-se necessário, portanto, aferir a existência de eventual eficácia jurídica do princípio da solidariedade para perquirir, em caso afirmativo, qual sua dimensão, o que será objeto do próximo tópico.

²⁸⁶ RE 201.819/RJ, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006.

²⁸⁷ AgRg no ARE 1.008.25, rel. min. Luiz Fux, DJe 19/4/2017.

²⁸⁸ GOEDERT Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012, p. 476.

4.1.1 O princípio da solidariedade e sua eficácia jurídica

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, elaborada com o propósito de reestabelecer o sistema democrático que se instaurou com o fim do regime militar estabelecido após o Golpe de 1964, assumiu, de forma paradigmática o compromisso com o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu primeiro artigo, elevando-o a fundamento da República, no inciso III do referido dispositivo legal.²⁸⁹ Logo, em seguida, enunciou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I).

Ultrapassada a fase em que as constituições se limitavam em linhas gerais, a estabelecer as relações do Estado com seus cidadãos, deliberar sobre a forma de governo, destinar sua regulamentação a áreas entendidas de incidência do direito público, e editar normas de cunho programático ou apenas retórico, tem-se uma nova feição para a constituição e para o Estado, pela assunção de uma pauta de compromissos, além daqueles tradicionalmente geridos em sua atividade, que estão em compasso com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Diante da acepção polissêmica da dignidade, até porque não é um conceito meramente jurídico, encontrando representação na filosofia, sociologia, religião, entre outras ciências, adotaremos, na perspectiva do plano jurídico, a conceituação sugerida por Ingo Sarlet, entendendo que ela seja:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹⁰

A dignidade da pessoa humana representa um imperativo ético existencial, em virtude da tábua axiológica estabelecida na Carta de 1988, que lhe conduziu ao status de fundamento da República, reverberando sua força normativa em todos os segmentos da ordem jurídica pátria. Nas palavras de Luiz Edson Fachin e de Carlos Eduardo

²⁸⁹ CF/1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

Pianovski, a dignidade da pessoa humana é um “reconhecimento pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede - como princípio simultaneamente lógico e ético – o próprio ordenamento jurídico”.²⁹¹ Pode-se inferir que a dignidade da pessoa humana se encontra presente na origem dos direitos fundamentais e representa o seu núcleo essencial, tanto no caso dos individuais quanto nos políticos e sociais, como afirma Luís Roberto Barroso.²⁹²

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Magna de 1988 alterou de forma substantiva o ordenamento pátrio, notadamente no direito privado, posto que a necessidade de sua concretização demanda inequivocamente a reconstrução de pilares que outrora sustentavam o arcabouço jurídico existente, haja vista que os institutos tradicionais não se compatibilizam com a nova ordem constitucional então instaurada. Desde então, sente-se uma profunda alteração nas figuras mais emblemáticas do direito civil (o contrato, a propriedade e a família), como forma de fazer valer os objetivos propostos e efetuar a harmonização destes elementos tradicionais, agora relidos à luz da dignidade humana, posta como um valor hierarquicamente superior. Essa ideia de supremacia do valor contido na dignidade da pessoa humana, foi observada por Paulo da Mota Pinto, ao afirmar que:

[da] garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de protecção desses direitos por parte do Estado.²⁹³

Da mesma forma que as modificações estruturais no tocante ao Estado influenciaram a teoria geral do contrato, as dimensões dos direitos humanos fizeram com que houvesse uma modificação do sujeito de direito, pois retira-se a concepção tradicional idealizada do homem, *rectius*, da pessoa, como ser abstrato, em regra associada ao indivíduo e sua versão econômica, polo das relações contratuais e proprietário, na representação do capitalismo clássico, para que entre em cena, o ser humano com suas singularidades, fragilidades e necessidade de proteção em um mundo tão socialmente

²⁹¹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil**: RTDC, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

²⁹³ PINTO, Paulo da Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in: Portugal-Brasil. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 151, Apud SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 85-86.

desigual. Assim se manifesta Jussara Meirelles, acerca dessa mudança de foco quanto ao sujeito hipoteticamente considerado e o real, ao dizer que “tem-se de um lado o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito real, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente”.²⁹⁴

A mesma percepção foi compartilhada por Luiz Edson Fachin sobre a noção de pessoa no Código Civil, como um reflexo da estrutura dogmática da época, que retirou a identidade do ser humano por conta da abstração excessiva, típica das codificações, ao registrar que “é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal”.²⁹⁵

Esse câmbio de perspectiva, muitas vezes denominado de processo de repersonalização das relações civis, em que se torna preponderante o interesse na pessoa humana em detrimento das suas relações patrimoniais,²⁹⁶ foi reconhecido pela Constituição Federal, ao reconhecer na dignidade seu valor fundante, e, fazer ecoar em seus dispositivos a nova sistemática que se propôs a concretizar, a exemplo do tratamento que foi assegurado à família e suas múltiplas formações, sem estabelecer qualquer tipo de estrutura hierarquizada entre elas,²⁹⁷ e à propriedade, no tocante a um melhor delineamento da função social.²⁹⁸

Como exposto, o artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988 estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, por via de consequência, não se pode conceber que a redação do texto constitucional permaneça como mera declaração de boas intenções, sem

²⁹⁴ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91

²⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson, **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

²⁹⁶ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

²⁹⁷ Por todos, ver LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

²⁹⁸ Apesar de a função social da propriedade ter sido prevista desde a Constituição de 1934, a Carta de 1988 é que regulamenta de forma mais adequada tal instituto ao condicionar a garantia da propriedade apenas àqueles que a exercerem nos moldes previstos pelo artigo 5º, incisos XXII e XXXIII, ao lado da previsão do artigo 170, inciso III, todos da Constituição de 1988.

qualquer poder jurídico capaz de impactar na realidade social brasileira, tornando-se letra morta ou simples texto retórico.

Ao tratar sobre o tema, Guilherme Machado Casali afirma que apesar de o termo solidário ser mencionado apenas no inciso I do art. 3º, o princípio da solidariedade perpassa por todos os demais incisos daquele artigo, devendo ser compreendida sua acepção da seguinte forma:

a) responsabilidade recíproca entre as pessoas; b) prontidão para ajudar os menos favorecidos; c) elemento que, através da mediação jurídica, transforma súditos em cidadãos; d) reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social, facilitando a democracia, ampliando o processo de comunicação; e) associada à comunicação transforma pessoas em povos, constituindo fator de identidade entre os indivíduos.²⁹⁹

Na perspectiva de Guilherme Casali, há uma certa lacuna no estudo da solidariedade como princípio constitucional, o que enseja sua falta de efetividade, porquanto a solidariedade, quando estudada em outros ramos do direito, não traz a conotação aqui abordada, concluindo que esta ausência se justifica porque a solidariedade prevista no texto constitucional não afeta a esfera íntima das pessoas,³⁰⁰ uma vez que para existir seria necessário, como aduz Ferrajoli, um sentido “da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão”.³⁰¹

Observa-se que, de fato, existe certa carência doutrinária na análise do tema,³⁰² contudo, a condição principiológica da solidariedade não é desconhecida pela doutrina, como se observa da lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao indicarem expressamente a solidariedade como um princípio que serve de sustentáculo para o “cumprimento das políticas públicas previdenciárias”,³⁰³ ou nas palavras de André Ramos Tavares ao afirmar que a Constituição estabeleceu como objetivo maior o valor da justiça social e, portanto, “a própria Constituição associa-a à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os

²⁹⁹ CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 30 quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 dez. 2017, p. 232.

³⁰⁰ CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 30 quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 dez. 2017, p. 234.

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 755.

³⁰² Parte significativa dos escritos sobre o tema aborda a solidariedade no campo da responsabilidade civil e na seara familiar.

³⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 678.

indivíduos”,³⁰⁴ afirmando o poder que ele tem de impor restrições ao princípio da livre iniciativa e da liberdade em geral.

Na jurisprudência, pode ser encontrado no julgamento da ADI 1.623, DJe de 15-4-2011, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ao ser dito que “descabe a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I)” e na ADI 3.105/ DF, Rel. Cezar Peluso, RTJ, 193/137.

Observa-se, contudo, que o art. 3º, I, da CF/1988 tem sido apontado como uma norma programática, entendendo-se esta como subespécie das normas constitucionais de eficácia limitada, porque estabelecem uma tarefa para os poderes públicos, prescrevendo-lhes uma ação a ser futuramente concretizada. Ocorre que a condição de norma programática ceifa parcialmente a efetividade do dispositivo legal, posto que se afirma que este tipo de norma não permite que o cidadão a invoque pedindo aos tribunais o seu cumprimento por si só.³⁰⁵

Saliente-se, todavia, que, ainda que a norma constitucional tenha natureza programática, isto não implica que ela seja desprovida de qualquer força jurídica, tanto é que Canotilho ao discorrer sobre estas normas assevera que a elas “é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição”, não podendo ser interpretadas como “exortações morais, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”.³⁰⁶

De fato, apesar de as normas programáticas carecerem de uma regulamentação explícita do seu conteúdo, não se pode retirar a normatividade delas oriunda, notadamente pelo papel que se lhe é atribuído, no caso da solidariedade social, com o fito de construção de uma sociedade também justa e fraterna. Endossam essa assertiva, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, dizendo que as normas programáticas “impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito”.³⁰⁷ Ademais, segundo

³⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, versão em e-pub.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 184.

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

os autores, elas podem gerar pretensões a abstenção e ensejar a declaração de inconstitucionalidade caso atrimem com sua orientação.

Mais enfático é o posicionamento de Paulo Bonavides que esclarece que um dos problemas do constitucionalismo contemporâneo reside na definição do caráter jurídico ou não das normas programáticas e especialmente a discussão sobre o grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição. Pondera ainda que se deve reconstruir o conceito jurídico de Constituição, para lhe atribuir a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, para que tudo nela tenha valor normativo, e que, apesar da divergência doutrinária, as correntes mais adequadas se filiam à ideia de que se deve reconhecer a eficácia vinculante das normas programáticas, posto que sem esse reconhecimento, será impossível proclamar a natureza jurídica da Constituição.³⁰⁸

O Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais. Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.³⁰⁹

Ao discorrer sobre o princípio da solidariedade, Maria Celina Bodin de Moraes traz, entre outras reflexões, a modificação do conceito de direito subjetivo, afirmando que seu exercício não se faz desatrelado de qualquer limite, mas, contrariamente, deve estar em “consonância com os objetivos, os fundamentos e os princípios estabelecidos pela normativa constitucional”,³¹⁰ para demonstrar que o exercício dos direitos estão atrelados não mais à indiscriminada vontade, mas a elementos balizadores que devem guardar respeito para com a Constituição, e no caso da solidariedade, vinculados ao alcance dos objetivos de redução de desigualdades e de estabelecimento de garantias mínimas à dignidade dos cidadãos.

Com amparo nas lições de Perlingieri, Maria Celina Bodin de Moraes afirma a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade, que seria, em uma interpretação mais conforme com a Constituição, o “instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente

³⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 236.

³⁰⁹ Idem, p. 237.

³¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª tiragem, 2007, p. 106.

à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a esta correspondentes”.³¹¹ A alteridade que marca as novas relações dá margem para o reconhecimento da visão da pessoa por novos prismas, posto que retira o homem da condição de ser isolado e sem compromisso com valores sociais, daí Luiz Edson Fachin asseverar que:

O ser humano, portanto, somente pode ser apreendido pelo Direito em sua dimensão coexistencial, ressaltando o valor da solidariedade. Isso contraria a visão individualista tradicional fundada no patrimônio, constituindo superação da ficção do homem fechado em si mesmo. Além de coexistir, o homem é ontologicamente livre. Para constituir-se como libertador, o Direito deve dirigir-se à tutela da pessoa humana, com vistas a uma igualdade substancial, com base no valor da solidariedade.³¹²

Não obstante a inegável conexão da solidariedade com valores morais e cristãos nas sociedades ocidentais, a perspectiva atual que se atribui a este princípio ultrapassa tais referenciais, uma vez que a inexistência de coercibilidade jurídica impediria sobremaneira a efetivação do propósito a que se quer levar a cabo, posto que dependeria eminentemente da consciência e altruísmo alheios, o que resultaria mais em uma flagrante utopia que um efetivo projeto de modificação de paradigma nas relações interpessoais.

Não é de agora que o tema vem sendo debatido, ainda que os estudos iniciais sobre ele tenham encontrado pouco eco e efetividade, em virtude do contorno social e pensamento jurídico da época que não propiciavam maior reverberação das ideias plasmadas na atribuição de força jurídica à solidariedade, preponderando tão somente o senso de regra moral. Vale registrar que Léon Duguit reconhecia a solidariedade social como um valor jurídico e vislumbrava a ocorrência do discurso falacioso acerca do tratamento igualitário para os indivíduos, sem levar em consideração as diferenças existentes entre eles:

[...] o ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade [...] o fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, [...] [no] indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. Por outro lado, a igualdade absoluta de todos os homens, que constitui premissa lógica da doutrina individualista revela-se contraditória na prática [...]

³¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³¹² FACHIN, Luiz Edson, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49.

Os homens devem ser tratados de modo diverso, porque são diferentes: o seu estado jurídico, representante de sua situação enquanto referencial na relação com seus semelhantes, deve alternar-se para cada um em particular, uma vez que cada um, em relação a todos, manifesta-se de forma essencialmente diferente. Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida.³¹³

Como aponta, Marcos Ehrhardt Júnior, essa tentativa de conceber um novo sentido para a solidariedade esbarrava na crítica de serem ideias derivadas do Socialismo, portanto, indesejadas no panorama capitalista, e assim foram afastadas de uma discussão mais ampla sobre sua real intenção.³¹⁴

O que se propugna atualmente é a atribuição de força normativa para a solidariedade, ainda que indireta, posto que norma-princípio, para concretização do princípio da dignidade humana, conciliando valores aparentemente colidentes entre a liberdade de atividade econômica e a proteção social dos indivíduos

A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, tem seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional – com particular ênfase às normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional. Neste sentido, aponta-se a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade. Equivale, porém, tal princípio, segundo a interpretação mais conforme com a Constituição, ao instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a esta correspondentes.³¹⁵

Deve-se salientar que, apesar da existência de uma quantidade expressiva de estudos acerca do direito civil constitucional e da sua aceitação quase unânime perante a doutrina, com reflexos expressivos na jurisprudência, notadamente pela forma com que os Enunciados das Jornadas de Direito Civil, fruto da iniciativa do Conselho da Justiça Federal, têm sido aceitos nos julgados, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, o tema da solidariedade constitucional não se encontra consolidado, nem suficientemente debatido, muitas vezes aparecendo apenas de forma superficial, como norma destituída de qualquer poder de interferir nas relações privadas, ou como quase sinônima do dever de colaboração contratual, apesar do seu status constitucional.³¹⁶

³¹³ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**, tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 29-30.

³¹⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 08 out. 2017.

³¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 3. tiragem, 2007, p. 105.

³¹⁶ Ressalte-se, inclusive, que nas próprias Jornadas de Direito Civil, a única previsão acerca da forma com que a solidariedade é tratada neste trabalho, só é encontrada quando da análise do abuso de direito, no

Em uma análise nos manuais de Direito Civil, tanto nas obras dos doutrinadores mais antigos quanto os mais recentes, com raras exceções, o princípio da solidariedade não se encontra devidamente delineado. Cite-se, por exemplo, o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira que se limita a dizer o seguinte:

Os contratantes, ao estabelecerem entre si as regras que serão aplicadas a sua relação específica, efetivam também o princípio constitucional da solidariedade social, que, em outras palavras, se concretiza por meio da boa-fé objetiva e na busca da realização plena das obrigações reciprocamente assumidas pelas partes contratuais.³¹⁷

Em sua obra original, Orlando Gomes aborda a questão do princípio da boa-fé, mas se pode inferir que tenha refutado a ideia mais ampla de solidariedade, ainda que não trate sobre o tema, pois sequer admite a colaboração como consequência de tal princípio, posto que entende que esta postura não seria possível diante do conflito de interesses entre os contratantes:

Ao *princípio da boa-fé* empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.³¹⁸

Já, Maria Helena Diniz, contemporânea aos novos rumos do direito privado, vislumbra o atrelamento da autonomia da vontade à solidariedade prevista no texto constitucional, ao asseverar que:

A função social da propriedade e a dos contratos constituem limites à autonomia das vontades, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, art. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, caput), à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).³¹⁹

Enunciado 414 da V Jornada de Direito Civil (A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito), já que nos demais Enunciados a solidariedade prevista trata de situação distinta, qual seja, o fenômeno de extensão de responsabilidade, em que em que duas ou mais pessoas se obrigam ao cumprimento integral da prestação ou podem exigir seu cumprimento de forma total.

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III - Contratos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23

³¹⁸ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed., rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43. Grande parte do tópico relativo ao princípio da boa-fé foi desenvolvido pelo atualizador Antonio Junqueira de Azevedo.

³¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Volume 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

Carlos Roberto Gonçalves, contudo, nem aborda o assunto, pois o faz apenas em nota de rodapé, limitando-se a transcrever o que Nelson Nery Junior discorre sobre a solidariedade:

Aduz Nelson Nery Junior: ‘O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º, I) e da justiça social (CF, 170, caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da função social, quando a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc.’ (p. 427).³²⁰

César Fiuza, por sua vez, não aborda expressamente a solidariedade constitucional e chega a vislumbrar como um subprincípio derivado da boa-fé:

Ainda outro subprincípio da boa-fé é o princípio da solidariedade. As relações obrigacionais, mormente as contratuais, devem ser entendidas como relações cooperativas, em que credor e devedor colaborem mutuamente para o bom resultado. Mesmo nas obrigações oriundas de atos ilícitos, isso é fato, credor e devedor hão de colaborar solidariamente para o adimplemento da obrigação. Muitos confundem solidariedade com caridade cristã, o que está errado. Assim, com base no princípio da solidariedade, o juiz não pode deixar de decretar o despejo legítimo do locatário, mesmo que não haja justa causa. Tanto o Código Civil, quanto a Lei 8.245/1990 permitem o despejo sem justa causa, desde que preenchidos certos requisitos. Se o locador quiser deixar o locatário habitando seu imóvel, até gratuitamente, será por sentimento de caridade, não por força do princípio da solidariedade. Por força deste princípio, será, por exemplo, possível eventualmente adiar o vencimento da obrigação, a fim de que o devedor possa organizar seus negócios e saldar suas dívidas. Isto se permite, por exemplo, na recuperação de empresas.³²¹

Mais adiante, César Fiuza cita a existência da solidariedade social como previsão da Constituição de 1988, mas não traça qualquer comentário acerca de tal tópico, até porque este trecho deriva de citação extraída de artigo de autoria de Sérgio Botrel:

Neste contexto, avulta-se que a aplicação do princípio da vinculação obrigacional pelo exercício de posições jurídicas, antes de atender aos ditames da boa-fé, encontra guarida na solidariedade social, infundida pela normativa constitucional de 1988, o que lhe confere, via de consequência, maior legitimidade.³²²

Apesar de ser bastante pertinente eventual crítica que a lacuna aqui apontada sobre a solidariedade constitucional seria justificável porque as obras indicadas são direcionadas ao estudo de graduação dos cursos de Direito, tendo, portanto, seu conteúdo

³²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil — Apontamentos gerais. In: O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord). São Paulo: LTr, 2003, p. 427 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** (livro eletrônico), volume 3: contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³²¹ BOTREL, Sérgio. Principiologia do direito obrigacional na contemporaneidade. In: FIUZA, César (org.). Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos – Por uma abordagem civil-constitucional. Curitiba: CRV, 2012. p. 352 et seq. Apud FIUZA, César. **Direito Civil** (livro eletrônico): curso completo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³²² Idem.

reduzido pela grande quantidade de temas a serem abordados, e, conseqüentemente, não poderiam açambarcar maiores singularidades, as quais deveriam ser objeto de obras mais específicas, este fato, ao revés, diz muito sobre esse silêncio, e nos traz a percepção de que a ausência de uma menção adequada não só sobre o princípio da solidariedade constitucional, bem como de um estudo minucioso sobre os efeitos práticos da constitucionalização do direito civil, ainda que, imaginamos, de forma não intencional por estes autores, causa a reprodução de valores tradicionais que dificultam a formação de um perfil mais adequado de jurista, dotado de conexão com o presente e que possa entender a importância dessas mudanças para propor transformações no futuro.

Cabe aqui a advertência há muito tempo efetuada por San Tiago Dantas, acerca da necessidade de transformação da dogmática jurídica a fim de se entender de forma apropriada as modificações que, desde então, faziam-se presentes no direito pátrio:

Não haveria, talvez, exagero em dizer que a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é, pois, a renovação da antiga dogmática. No Brasil, como em todos os países, vivemos um momento de dualidade teórica que urge ultrapassar. A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de direito comum, em torno do qual cresce a congêrie das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois não se reconhece a estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência. É essa visão que precisa ser substituída, nos livros e doutrina, no ensino universitário, no foro, nos trabalhos legislativos, por uma outra capaz de se adaptar à renovação do Direito positivo, e de buscar, por igual, nos Códigos e nas leis especiais, os elementos com que se retificarão os conceitos técnicos e o próprio sistema, e, numa palavra, a nova dogmática jurídica.³²³

Alguns autores, ainda que de forma incipiente, têm se posicionado de forma mais expressa no reconhecimento da solidariedade constitucional, notadamente como um valor em si mesma, com emanções nos deveres de conduta e não submetidos a ele, até pela sua feição principiológica que a coloca em posição superior a essas obrigações correlatas. Dentre eles, pode-se citar Flávio Tartuce, que, em várias passagens de sua obra, aponta a solidariedade social como um dos princípios do direito civil constitucional, sendo, portanto, balizador das relações jurídicas privadas, reverberando seus efeitos na formação do contrato, função social, revisão e interpretação colaborativa inter partes.³²⁴

Em profusão se encontra na obra conjunta de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a referência ao fato de que a solidariedade, inerida textualmente na

³²³ DANTAS, San Tiago. Nova dogmática jurídica. RF, n. 98, p. 293 apud CASSETARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

³²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie (versão eletrônica), 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014.

Constituição de 1988, serve de reforço aos fundamentos da mudança principiológica sofrida pelo contrato, com a chegada da nova ordem jurídica, não obstante o fato de que as transformações vivenciadas no plano do direito contratual já vinham sendo gradualmente implementadas pelos esforços da doutrina e da jurisprudência em promover a revisão do papel tradicional deste negócio jurídico, posto que não mais correspondia às necessidades do panorama social, não mais podendo permanecer estagnado com um indevido atrelamento pautado tão somente na individualidade e na autonomia da vontade.³²⁵

Ao discorrer especificamente sobre o papel da solidariedade, após sua consagração como um dos objetivos fundamentais da vigente Constituição, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald asseveram que ela se tornou um referencial interpretativo para todo e qualquer ato normativo como forma de superar os parâmetros egoísticos do direito, deixando de ser “uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo a fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum.”³²⁶

Da mesma forma, entende Nelson Rosenvald, ao afirmar que há uma desvinculação entre o princípio da solidariedade e a mera menção a valores éticos de forma não concretizadora, em razão da sua matriz constitucional e aos objetivos a ele vinculados:

Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade.³²⁷

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o princípio da solidariedade, embora não designe, mas está fundado em um dever, posto que “a atitude solidária conecta-se com o respeito à diferença, pelo qual a pessoa humana apreende que o outro também pertence ao mundo. O pressuposto da solidariedade é a interdependência humana”, e, assim sendo este princípio estabelece uma responsabilidade para com o outro,

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

³²⁶ Idem, p. 180.

³²⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179.

que não se vincula à reciprocidade,³²⁸ contudo assevera que a aplicação do princípio dependerá da ponderação no caso concreto:

Não se trata, como já se advertiu em outra oportunidade, somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social ou vice-versa: o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.³²⁹

Em que pese a análise casuística do princípio da solidariedade, a própria Maria Celina Bodin de Moraes ressalta o indissociável papel do Estado na confirmação dos objetivos a que se propôs, inclusive baseada na solidariedade prevista na Constituição Federal:

O reconhecimento do ‘outro’, como reconhecimento e respeito que se deve a cada um, tão-somente pelo fato de ser pessoa, é um valor adquirido muito recentemente na história da humanidade, valor que tem como pressuposto inarredável o Estado Democrático de Direito.

Ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma ‘sociedade solidária’, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de exigibilidade. Criou, assim, o Estado Democrático e Social de Direito, tanto por atribuir valor social à livre iniciativa como por projetar a erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras disposições.³³⁰

Ao versar sobre o tema, Paulo Nalin propõe um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato, pautado na solidariedade, entendendo este negócio jurídico como sendo “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”,³³¹ o que adequadamente vai ao encontro do que tem sido apontado como os três princípios do Direito Civil Constitucional, em virtude da valorização da pessoa, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade em sentido amplo.³³²

³²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, ano 95, volume 854, dez 2006, p. 25.

³²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed... rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006, p. 175-176.

³³⁰ Idem, p. 175.

³³¹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253.

³³² TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie (versão eletrônica), 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014.

A concepção do contrato, na forma proposta por Paulo Nalin atende sobremaneira aos objetivos deste trabalho, haja vista que equaciona os interesses patrimoniais com os existenciais, estabelece a solidariedade como um princípio, e o entende como um fenômeno apto a produzir efeitos não só entre as partes, mas, também, em relação a terceiros, denotando sua consonância ao princípio da função social do contrato.³³³ Percebe-se, por conseguinte, que, ajustados os valores patrimoniais e interesses existenciais envolvidos na contratação, é possível a aplicação deste conceito tanto para os contratos de consumo, quanto aos cíveis, notadamente em virtude da aproximação havida entre os dois sistemas legislativos (Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor), sendo válida a afirmação da existência de uma principiologia social do contrato.³³⁴

Não obstante a separação de tratamento existente entre as relações cíveis e as de consumo, em razão da vulnerabilidade pressuposta destas, que fez com que fosse expressamente prevista como princípio do CDC (art. 4º, I)³³⁵, há de se verificar que nem sempre se pode presumir a igualdade de forças contratantes, e que, cada vez mais, busca-se um diálogo de complementariedade de fontes entre o direito civil e o do consumidor, como se vislumbra no estudo sobre o diálogo das fontes. Claudia Lima Marques enuncia que, em decorrência das singularidades das sociedades pós-modernas, a doutrina tem buscado uma solução que harmonize ou coordene as diversas normas do sistema jurídico, onde a questão central não se situa necessariamente na questão hierárquica, porque inexistente diante dos interesses regulados por cada uma dessas normas, supostamente antinômicas, mas na identificação de um critério funcional dentro de toda a complexidade existente.³³⁶

Neste sentido, Claudia Lima Marques, há muito vem proclamando a possibilidade de três formas de ocorrência desta relação entre o Código Civil e o CDC. A

³³³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie (versão eletrônica), 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014.

³³⁴ Idem.

³³⁵ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

³³⁶ MARQUES, Claudia 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 ESMESE, nº 07, 2004, p 43. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017;

primeira delas seria na aplicação simultânea das duas leis, em que uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), notadamente nos casos em que se tem uma lei geral e a outra especial. A segunda seria através da aplicação coordenada das duas leis, uma lei podendo complementar a aplicação da outra, (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais) e, por fim, a terceira quando há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei.³³⁷

Todo esse quadro não deixa de ser uma consequência da chamada pós-modernidade, como observou Antonio Junqueira de Azevedo, ao comentar que as mudanças instauradas pelas dúvidas pós-modernas sobre a possibilidade de a razão trazer respostas definitivas afetaram o Direito, posto que foi atingido em sua crença sobre a certeza e objetividade que são marcos tão importantes para esta Ciência. Esta fratura no pensamento central teria causado, segundo ele, uma mudança de referencial, haja vista que as considerações sobre o que seja, ou-não, verdadeiro, agora são colocadas num segundo plano, para que haja a preocupação acerca do que seja, ou-não, útil (neopragmatismo).³³⁸

No campo do Direito, a consideração da 'realidade como é' parece ao jurista pressuposto básico para a muito procurada segurança jurídica; a simples dúvida sobre a aptidão de o pensamento refletir a realidade incomoda. Paralelamente, outra característica dos tempos pós-modernos, a hipercomplexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do Direito, quer materiais - porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade, mas sem valores compartilhados (*shared values*), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si - quer formais - com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos dentológicos, avisos, etc. etc. - quebram a permanente tendência à unidade do mundo do Direito.³³⁹

A dificuldade em se estabelecer as soluções para os problemas jurídicos, diante de toda a mutação social ocorrida, justifica a afirmação de que as respostas devem se encaminhar para respostas mais fluidas, que permitam maior mobilidade e fineza de

³³⁷ MARQUES, Claudia 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 ESMESE**, nº 07, 2004, p. 45-46. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf. Acesso em 05 dez. 2017.

³³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. **Revista Direito do Consumidor**, vol. 33, 2000, p. 124-125.

³³⁹ Idem, p. 124-125.

distinções, tendo a superação de paradigmas sido permutada pela convivência ou coexistência dos paradigmas³⁴⁰

Essa modificação de paradigmas advinda da pós-modernidade tem sido discutida por conta da multiplicidade de efeitos que ela causa, notadamente nos ramos das ciências tradicionais que, de alguma forma, tiveram seus enunciados e princípios questionados ou alterados pelas novas indagações trazidas, subvertendo o conhecimento até então estabelecido, sendo necessária a reconstrução de outras estruturas para acomodação do que surge de novo e aluiu as bases tradicionais do saber.

Tendo em vista que o presente trabalho aborda, entre outros elementos, a dignidade e os valores sociais de solidariedade, convém registrar a proposta de Boaventura de Souza Santos acerca da necessidade de estabelecimento de nova ordem de valores, através da substituição do que ele denomina de microética liberal, conceito dominante da racionalidade moral prática da modernidade, caracterizada por ser antropocêntrica e individualista, e que se pautaria numa sequência linear (um sujeito, uma ação, uma consequência), por uma nova ética decorrente da era tecnológica, que traz o conhecimento-emancipação, e que teria como base o princípio da responsabilidade, em virtude da dificuldade de estabelecer quem são os agentes, as ações e as consequências. Assim, segundo Boaventura, essa neo-comunidade deve ser pautada por um novo senso de responsabilidade e solidariedade que está centrada:³⁴¹

[...] na preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo seja um ser humano, um grupo social, a natureza, etc.; esse outro inscreve-se simultaneamente na nossa contemporaneidade e no futuro cuja possibilidade de existência temos de garantir no presente. A nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas consequências imediatas. É uma responsabilidade pelo futuro.³⁴²

Necessário se faz agora, portanto, inferir se o princípio constitucional da solidariedade social, ainda que classificado como norma programática, tem efeito prático nas relações privadas, ou seja, se sua condição primária de norma-princípio, reclamaria, sua concretização através da legislação infraconstitucional, notadamente nas relações contratuais, uma vez que estes negócios jurídicos são elementos ensejadores das situações de superendividamento, tendo em vista serem fontes de obrigações envolvendo

³⁴⁰ Marques, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas, in **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 45 (jan.-março 2003), p. 73.

³⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 111.

³⁴² Idem, p. 111-112.

transferências econômicas e assunção de deveres de natureza pecuniária. Ademais, em virtude do objeto da presente pesquisa, é preciso aferir se este princípio tem força jurídica suficiente para ampliar os conceitos subjetivo e objetivo acerca do superendividamento, tanto em matéria doutrinária quanto legislativo, tomando-se por base o que prevê o Projeto de Lei nº 3.515/2015, que repete basicamente, como foi esclarecido no capítulo anterior, o entendimento da doutrina sobre a definição de superendividamento. Para tanto, por um critério de transparência na linha ideológica de desenvolvimento da tese, além dos elementos jurídicos que serão abordados a seguir, também será levado em consideração o posicionamento ora adotado de que há uma necessidade de regulamentação do tratamento contra as situações de superendividamento como forma de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdades sociais.

Neste sentido é a indignação demonstrada no texto de Maria Celina Bodin de Moraes, ao criticar a manutenção de um status quo prejudicial a boa parte da população:

Entre os mistérios da vida em sociedade, um dos mais surpreendentes, fenômenos que se mostra ainda mais extraordinário em um país do Terceiro Mundo, relaciona-se com a manutenção da ordem social – com suas relações de dominação, suas obrigações e sanções, seus direitos e privilégios, imunidades, prerrogativas, injustiças – e que isto, esta (des)ordem se perpetua, apesar de tudo, sem grandes esforços, mesmo quando as condições de existência são inaceitáveis, intoleráveis e, por vezes, inacreditáveis.³⁴³

Embora não seja objeto deste trabalho, nem seja possível explicar este quadro de desigualdades através de afirmações reducionistas, entende-se que ele é colaborado pela ausência de alteridade, de comprometimento político em empreender mudanças benéficas aos mais desfavorecidos, e por uma postura conservadora jurídica em buscar o enfrentamento de questões por novos prismas que permitam atenuar as distorções existentes, não obstante a percepção de que as ferramentas que o Direito propicia não são, por si sós, aptas a modificar toda uma realidade social. Contudo, embora não solucionador das mazelas do mundo, podem os envolvidos, em seus respectivos papéis jurídicos, colaborar para a redução dos abusos e condutas incompatíveis com a edificação de uma estrutura social mais equânime, não bastando apenas a previsão legal protetiva, mas, essencialmente, o exercitar de uma conduta concretizadora dessa modificação, que substancialmente, recai sobre o Judiciário, em virtude do poder que é atribuído aos seus julgadores.

³⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 527-556.

Externa essa reflexão, Boaventura de Souza Santos, ao informar que, apesar de ter havido uma significativa produção legislativa em Portugal que protege as classes sociais menos favorecidas, boa parte dessas leis não tem sido aplicada, daí sua conclamação que “a luta democrática pelo direito deve ser [...], uma luta pelo direito vigente, tanto quando uma luta pela mudança do Direito”, pois com “interpretações inovadoras da lei, obter novas protecções para os interesses sociais menos protegidos”.³⁴⁴

Assim, o trabalho visa a buscar substrato para a aplicação de uma protecção contra o superendividamento tanto quando ele decorrer de relações contratuais cíveis quanto nas de consumo. Naquelas porque o argumento da igualdade de forças entre os contratantes, ao nosso ver, não justifica o impedimento de protecção da dignidade do devedor, porque, como será discutido, transpareceria como prévio estabelecimento de prioridade do valor jurídico da autonomia em detrimento de dois princípios constitucionais, a dignidade e a solidariedade. Já nas relações de consumo, o móvel condutor é que, diante de uma sociedade que estimula o consumo desenfreado, utilizando-se de recursos perceptíveis ou subliminares da psique humana para se aproveitar destas singularidades, que o desafiador equilíbrio entre a liberdade de atividade econômica e a protecção da dignidade da massa consumidora deve necessariamente observar a disparidade de forças existentes, como ocorre através do reconhecimento da vulnerabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor, para que se consiga obter, no mínimo, um nível médio de qualidade de vida, para que as distorções que estão presentes no país possam ser reduzidas com ganhos generalizados em diversas esferas, impactando na melhoria dos indicadores sociais.

Não se pode olvidar também que muito tem se discutido sobre a incapacidade das nações em que se adotou o Welfare State em fazer cumprir todas as promessas efetuadas em suas constituições, por conta de um quadro complexo e de múltiplas razões que escapam ao escopo do presente projeto, mas, que, em apertada síntese, pode se dizer que o fato de não terem conseguido uma transformação efetiva para a população, permitindo seu crescimento autônomo, tornando-a menos dependente das políticas públicas, acarreta a manutenção do seu custo financeiro para a implementação das medidas de assistência social em sentido lato, e que acaba ensejando um ciclo pernóstico, pois o que é causa torna-se efeito, pela ausência de políticas adequadas de fomento ao desenvolvimento social e educacional dos cidadãos, de infraestrutura e condições básicas

³⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999, p. 155.

e dignas de sobrevivência, entre tantos outros motivos que dificultam o alcance das metas projetadas no texto constitucional, sem deixar de atentar para os interesses privados de grupos econômicos que se privilegiam de um status quo precário e que gera seus rendimentos. Contudo, tais dificuldades não devem desestimular os esforços estatais de redução das desigualdades.

As considerações efetuadas nos últimos parágrafos antecedentes, embora possam aparentemente não guardar conexão com o tema, justificam-se pela necessidade de explicar o contexto econômico e social que também é motivo de defesa da proposta de extensão do conceito de superendividamento.

4.1.2 O princípio da solidariedade e as situações subjetivas

Outro elemento escolhido para aferir as indagações propostas foi analisar se a solidariedade social poderia ser considerada um direito subjetivo ou ensejar uma situação jurídica subjetiva, uma vez que, se a presente tese defende a ideia que a solidariedade social é argumento apto para a imposição de determinadas condutas, ainda que não positivadas expressamente, nem estabelecidas através de negócio jurídico firmado entre as partes, torna-se indispensável fazer uma incursão no tema, para que seja possível confirmar a hipótese ora apresentada de que a solidariedade enseja a existência de algum direito a ser exigido da contraparte.

Ao discorrer sobre o direito subjetivo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, levando em consideração sua função jurídica, sinteticamente o enuncia como uma “posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”,³⁴⁵ entendimento sufragado por boa parte da doutrina pátria, a exemplo de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que o definem como sendo a “faculdade de titularizar uma determinada relação jurídica (facultas agendi), sendo inerente à pessoa, que pode exercitá-lo a qualquer tempo, a depender de sua vontade.”³⁴⁶

Maria Helena Diniz, por sua vez, emprega integralmente o conceito estabelecido por Goffredo Telles Jr., para quem o direito subjetivo:

³⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 124.

³⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 05.

É a permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido.³⁴⁷

Caio Mário da Silva Pereira, no prefácio de uma das últimas edições do volume I (Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil), antes do seu falecimento, já vinculava o direito subjetivo a uma finalidade, citando, inclusive, os trabalhos desenvolvidos por Maria Celina Bodin de Moraes (que viria posteriormente atualizar aquela obra) acerca da constitucionalização do direito civil, entendendo o direito subjetivo como “o poder de ação, posto à disposição de seu titular e que não dependerá do exercício por parte deste último”. Destacou, por oportuno, seu entendimento acerca da presença do fator teleológico, ou seja, “o direito subjetivo como faculdade de querer, porém dirigida a determinado fim. O poder de ação abstrato é incompleto desfigurado. Corporifica-se no instante em que o elemento volitivo encontra uma finalidade prática de atuação”.³⁴⁸

Na doutrina estrangeira, a mesma concepção prepondera, a exemplo da lição de Roberto de Ruggiero, para quem a terminologia “direito” comporta dois significados distintos, sendo que num primeiro sentido representa “a norma de conduta à qual o indivíduo se deve submeter e a cuja observância pode ser forçado mediante coação externa ou física (*jus est norma agendi*)”, enquanto noutro sentido, “designa uma faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei e que lhe permite levar a efeito determinados atos (*ius est facultas agendi*)”. [...] “Na primeira acepção verifica-se o que na linguagem técnica se chama direito objetivo; na segunda o que se chama direito subjetivo”.³⁴⁹

Hans Kelsen, por sua vez, afirmou que a “essência do direito subjetivo reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico”. Portanto, o direito subjetivo seria um poder jurídico conferido a um indivíduo.³⁵⁰

Importante destacar a observação efetuada por José de Oliveira Ascensão, no sentido de que o direito subjetivo representa uma posição de vantagem assegurada pelo

³⁴⁷ TELLES JUNIOR, Gofredo. O direito quântico. 5. ed., São Paulo, Max Limonad, 1981, p. 298, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1; Teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

³⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Prefácio p. XXIX.

³⁴⁹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Vol. I. Tradução da 6. edição italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 35-36.

³⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

ordenamento jurídico por meio de normas e que estas vantagens decorrem de determinações dirigidas ao sujeito e a terceiros. Assim, consubstanciam poderes e deveres, que surgem como o conteúdo do direito subjetivo.³⁵¹ Percebe-se aqui, uma forte característica de atribuição de vantagem para o titular do direito subjetivo em detrimento do sujeito passivo, até porque os direitos subjetivos encontram seu desenvolvimento histórico associado a traços patrimoniais.³⁵²

Uma análise mais acurada do direito subjetivo nos leva à percepção de que esta noção de centro de vantagens, que ainda prepondera de uma forma recorrente na leitura tradicional no direito das obrigações, quando da transposição para as figuras do credor e devedor, respectivamente, ocasiona uma perda na perspectiva relacional do vínculo estabelecido entre as partes. Ainda que se possa, como de fato é possível, afirmar que existem situações em que se vislumbra um núcleo predominantemente vantajoso ou desvantajoso para uma das partes, isto não enseja a conclusão de que haverá relação jurídica que se destine unicamente à satisfação dos interesses de um dos seus titulares.

A doutrina desenvolveu, em contrapartida, a noção das situações subjetivas, inserindo o direito subjetivo, entre outras figuras (direito potestativo, poder jurídico, ônus jurídico, faculdade), no rol de espécies das situações subjetivas, em que pese a dificuldade em se estabelecer um conceito preciso para cada uma delas. Ao analisar esta mudança de pensamento acerca do direito subjetivo, Eduardo Nunes de Souza esclarece que os efeitos de todos os fatos jurídicos, quer sejam oriundos da vontade das partes, quer sejam decorrentes da lei (a exemplo dos efeitos em virtude dos atos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e atos ilícitos), na esfera do direito civil, ainda que “enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de situações jurídicas subjetivas”.³⁵³

³⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: Teoria Geral**. Volume III: Relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 58-59.

³⁵² Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao discorrer sobre a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo esclarece que no momento de formação da concepção de direito subjetivo, que não estava presente no direito romano, foi inserido um sentido de proteção a direitos patrimoniais: “A confluência do conceito negativo e positivo de liberdade configurará uma nova noção: a liberdade no sentido moderno, intimista e, ao mesmo tempo, pública. Ela servirá à defesa da propriedade privada identificada com a riqueza, à defesa da economia de mercado livre e à concepção do Estado como um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais garantidas por um documento: a Constituição. E com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado, que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118

³⁵³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Através dessa nova classificação, cuja difusão se deu através da obra de Paul Roubier, ao ter atribuído às situações subjetivas a ideia de um complexo de direitos e deveres,³⁵⁴ foi contornado, por conseguinte, o problema outrora existente da ausência de uma postura colaborativa que deve prevalecer nas relações jurídicas, já que, como explicitado, imperava a conotação de centro de interesses voltados apenas ao credor, ensejando uma indevida interpretação do fenômeno obrigacional, sem verificar toda sua extensão e a gama de deveres mútuos derivados do pacto firmado.

Em seguida, aponta que vantagens advieram dessa modificação, sendo que a mais imediata foi a compreensão da existência da complexidade da situação jurídica, que permitiu o estudo de suas diversas modalidades e respectivas funções, não se limitando apenas ao direito subjetivo:

[...] além da compreensão de que às posições ativas agregam-se necessariamente deveres, que com o tempo se fortaleceu na doutrina, permitiu trazer o exame das situações subjetivas para uma perspectiva relacional, segundo a qual cada situação somente pode ser apreciada no âmbito de uma relação jurídica e à luz da situação jurídica a ela contraposta.³⁵⁵

Por fim, Eduardo Nunes aponta que, em razão do entendimento da estrutura da situação jurídica subjetiva como complexo de direitos e deveres, permitiu-se a substituição da lógica estruturalista outrora praticada, “segundo a qual o direito subjetivo encerraria, ora relação jurídica de cooperação ..., ora relação de concorrência”, fazendo com que hodiernamente se entenda que toda relação jurídica enseja a cooperação entre os envolvidos, “superando-se o individualismo originalmente predominante no tratamento da matéria”.³⁵⁶

No tocante às situações jurídicas subjetivas, Perlingieri esclarece a possibilidade de sua múltipla análise, através de aspectos concorrentes, sendo que o primeiro se refere ao efeito; ao afirmar que toda situação encontra a sua origem em um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante. No que concerne ao plano objetivo, a situação corresponde a “um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico”. Estes interesses podem ser de natureza patrimonial, ou pessoal e existencial, ou até mesmo coligados, pois algumas situações patrimoniais

³⁵⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em 12 out. 2017.

³⁵⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em 12 out. 2017.

³⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

podem servir para a concretização de interesses existenciais ou pessoais.³⁵⁷ Por sua vez, na doutrina pátria, Rose Melo Vencelau Meireles assevera que:

As situações existenciais pertencem à categoria do ser, na qual não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. A pessoa, portanto, é elemento interno e externo da relação jurídica, embora seja mais que isso, porque alcança patamar de valor. Com efeito, dizem-se existenciais as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que titularidade e realização coincidem com a existência mesma do valor.³⁵⁸

De fato, esta guinada permite que se defenda a noção de solidariedade nas relações jurídicas, uma vez que, sendo superada a perspectiva de existência de um centro predominante de interesses, em que repousava a figura do credor dotado de uma posição deveras privilegiada em detrimento dos legítimos interesses do devedor, consegue-se conceber a nova dinâmica das relações, pautada na figura da situação jurídica subjetiva, a qual se desenvolve sob o signo da colaboração posto que concebida como complexo de direitos e deveres.

Esta estrutura relacional é defendida por Pietro Perlingieri, que propugna a modificação da concepção anteriormente vigente:

[...] em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais que o nascimento, a realização, a modificação e a extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes.³⁵⁹

Este posicionamento, embora desenvolvido por Perlingieri para a realidade italiana, não impede sua aplicação em nosso ordenamento, até porque, em ambos os países se adota a função social³⁶⁰, perspectiva endossada pela doutrina pátria, a exemplo do que é defendido por Cristiano Chaves e Rosenvald, que, embora não se utilizem da expressão situação subjetiva, não versada em sua obra quando da análise acerca do direito subjetivo, propõem uma necessária mudança na concepção tradicionalmente empregada para a *facultas agendi*, justamente em virtude dos elementos da alteridade e reciprocidade nas relações, posto que a ideia de poder para a satisfação de interesses individuais colide com o senso solidário do ordenamento, violando a funcionalização do contrato, posto que

³⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução do Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

³⁵⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 36.

³⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 729

³⁶⁰ Betti cita os artigos 1.322, 1.174, e 1.325, 2º do Código Civil italiano, como indicadores dessa opção legislativa. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Vol. I, LZN, 2003, p. 74.

desatrelado de uma finalidade razoável³⁶¹, para tanto, invocam as lições de Perlingieri acerca do reconhecimento de tutela de um direito apenas se conformado com as regras vigentes, observados os limites ditados pela boa-fé, lealdade e solidariedade.³⁶²

Assim, essa nova concepção do direito subjetivo, pautada na solidariedade, pode ser aplicada nas relações obrigacionais, balizando-se por estes novos valores, remodelando a ideia de antagonismo entre partes, para mitigar a ampla, porém falaciosa, liberdade dada aos contratantes e estabelecer a imposição de uma visão solidarista de contrato, com a preservação dos “interesses legítimos do alter, assumindo a boa-fé, [...], força normativa para impor deveres e cercear o exercício abusivo de direitos subjetivos”.³⁶³

Por fim, concluem que o ordenamento só dará validade a um crédito caso sejam obedecidos “os limites internos das cláusulas gerais, sobremaneira às de diligência e boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. As situações jurídicas patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre seus partícipes”.³⁶⁴

Através da observação da existência de poderes e deveres para ambas as partes, estabelece-se uma correlação de forças, sem a manutenção de vantagens exageradas para o credor, sendo possível, destarte, fazer imperar uma concepção mais solidária estabelecida pela norma constitucional, através da aplicação dos modernos princípios da teoria geral dos contratos, a exemplo da boa-fé e da função social, cujo teor cogente revela claramente a opção legislativa acerca do tratamento a ser empregado nas relações contratuais cíveis e de consumo, fazendo com que haja a superação do conceito firmado de que os direitos subjetivos só se submetiam excepcionalmente ao crivo do controle de legalidade.³⁶⁵

Ressalte-se, contudo, pelo entendimento de Perlingieri, as situações subjetivas podem variar em seu conteúdo, sem serem necessariamente colidentes, posto que uma dada situação pode ser patrimonial ou de natureza pessoal, ou mesmo existencial,

³⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180.

³⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução do Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

³⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181.

³⁶⁴ Idem, p. 181.

³⁶⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

ou compartilhar as mesmas características, posto que “algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais”.³⁶⁶

Necessário destacar ainda a previsão doutrinária acerca das situações subjetivas de natureza existencial, como é o caso dos direitos da personalidade, que demandam um tratamento diferenciado. Adverte Pietro Perlingieri que a personalidade não é um direito, mas um valor (fundamental do ordenamento) que está na base de uma série aberta de situações existenciais, razão pela qual a tutela deste valor sempre se faz necessária e mutável para que acompanhe a evolução do seu conceito. Ademais, salienta que não há um número fechado de hipóteses protegidas, por duas razões. A primeira decorre do fato de que deve ser tutelado o valor da pessoa sem limites, exceto nas situações de outros valores postos no seu interesse e naqueles de outras pessoas. O segundo motivo funda-se na percepção de que “Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva”.³⁶⁷

Gustavo Tepedino, discorrendo sobre a inadequação do tratamento dos direitos da personalidade por uma ótica tradicional, invoca a lição de Perlingieri, para afirmar que:

[...] a personalidade humana mostra-se insuscetível de uma recondução a uma relação jurídica-tipo ou a um novelo de direito subjetivos típicos, sendo, ao contrário, valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender as possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.³⁶⁸

Importante destacar o pensamento de Pietro Perlingieri acerca da falta de mecanismos processuais de defesa dos direitos da personalidade, o que se assemelha à situação da proteção contra o superendividamento, pela ausência de normatização processual para a resolução coletiva do problema, já que a tutela referente ao direito material, pode-se tentar extrair dos princípios constitucionais apontados ao longo desta pesquisa. Ressalte-se ainda que a menção à Constituição italiana efetuada no texto de Perlingieri não impede a transposição do seu pensamento à realidade pátria já que a Constituição brasileira também consagra a proteção aos direitos da personalidade de

³⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução do Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

³⁶⁷ Idem, p. 155-156.

³⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro, La personalit  umana nell’ordinamento giuridico, apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro in **Temas de Direito Civil** / Gustavo Tepedino (Coord). 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45

forma expressa, a exemplo do art. 5º, em seus incisos V e X, e implicitamente no art. 1º, III, ao versar sobre a dignidade da pessoa humana.

Desconhecer a tutelabilidade dos interesses juridicamente relevantes, em presença do art. 24 Const que prevê o direito de agir em sua defesa significaria sustentar a existência de uma contradição no sistema. Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso. E preciso evitar as generalizações. Não se determina a tutelabilidade de um direito se não se examina em qual outra situação ele influi. Também os direitos da personalidade devem ser apresentados em chave relacional. A investigação sobre a sua coercibilidade deve ser conduzida em abstrato.³⁶⁹

Assim, a inexistência de mecanismos processuais hábeis a tutelar coletivamente a situação do superendividamento não deve ser óbice à tutela da proteção à violação de sua dignidade pelo Poder Judiciário, podendo se imaginar, por exemplo, a propositura de ação revisional (devido à falta de um procedimento adequado), estabelecendo-se um litisconsórcio passivo, em que pese a independência das relações contratuais discutidas e da eventual ausência de vícios do negócio jurídico, pautando-se o fundamento na solidariedade, na restauração da dignidade e nos deveres contratuais de colaboração com o fito de se estabelecer na audiência de conciliação ou mediação uma proposta de recomposição das dívidas.³⁷⁰

A busca pela concretização dos direitos com sua aproximação com os valores éticos, é pilar do atual Código Civil, e deve ser também dos demais diplomas normativos e de toda a ramificação legal do ordenamento, pois a eticidade não pode ser exigida apenas quando expressamente indicada em algum dispositivo legal. Assim, propugna Giselda Hironaka, dizendo que cabe ao juiz se valer deste marco valorativo para alcançar, na medida do possível, através da fundamentação de suas decisões, a finalidade social da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões, pois segundo ela “[...] muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos que merecem proteção”.³⁷¹

³⁶⁹ 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. 157.

³⁷⁰ Reitera-se aqui o reconhecimento da dificuldade de implementação adequada da proteção ao superendividado, posto que, em pese a existência de fundamentos jurídicos para sua tutela, carecem mecanismos de natureza processual, caso não seja aprovado o Projeto de Lei nº 3.515/2015.

³⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Hironaka-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2017.

Esta também é a afirmação de Luiz Edson Fachin ao tratar do tema ao afirmar que “a ausência da previsão específica não deve, pois, corresponder à não admissão da tutela especial a um patrimônio mínimo, essencial à vida digna”,³⁷² embora reconheça a dificuldade nesta tarefa no âmbito do direito material e processual, advogando a tese de invocação de uma exceção de estado de necessidade social que deveria ser concedida pelo juiz quando constatada a notoriedade do quadro, salientando que tal situação não se confunde com as hipóteses oriundas de vícios do negócio jurídico, privilegiando a proteção do devedor em detrimento dos interesses dos credores, para que seja assegurado um mínimo para a sobrevivência do devedor.³⁷³ Esta perspectiva dá azo à discussão do tópico seguinte abordando o patrimônio mínimo e o mínimo existencial.

4.1.3 As interseções entre o princípio da solidariedade e o mínimo existencial

Diante de tudo o que foi abordado sobre o princípio da solidariedade, é possível afirmar que há íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este é fundamento da República, enquanto aquele é um dos objetivos traçados para o projeto de sociedade ideal preconizada pela Constituição Federal, o que enseja esta conexão, posto que seus valores se interligam continuamente. Por sua vez, também entendemos viável enxergar uma correlação estrita entre a solidariedade, o mínimo existencial e a dignidade, uma vez que os desdobramentos de tais institutos buscam objetivos próximos, variando na forma de manifestação, especialmente no tocante ao patrimônio mínimo, cujos reflexos encontram guarida no campo do ter para preservação do mínimo invulnerável, mas, sem deixar de ter clara ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que o subsidia, haja vista que a imposição de tutela de um limite patrimonial visa a proteger os direitos de personalidade do devedor.

E tal percepção encontra esteio na doutrina pátria que também vislumbra esta conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a exemplo do que afirma Luís Roberto Barroso, ao delinear o conteúdo deste direito,

³⁷² FACHIN, Luiz Edson, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 178-179.

³⁷³ Idem, p. 181-184.

entendendo que, apesar da divergência doutrinária, exista um consenso que ele abrange renda mínima, saúde básica e educação fundamental:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.³⁷⁴

Assim, também entende André de Carvalho Ramos, embora não cite explicitamente qualquer teoria, ao abordar a existência de dois elementos caracterizadores do princípio da dignidade humana na ordem constitucional pátria: o elemento negativo consistente na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou discriminatório aos seres humanos (art. 50, III, e art. 59, XLI, CF/1988), e o elemento positivo consistente na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano, como previsto no art. 170, caput da Constituição.³⁷⁵

Ricardo Lobo Torres, ao discorrer sobre o mínimo existencial, conceitua-o como sendo “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.³⁷⁶ Para ele, o mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais, pois estes decorreriam da mera discricionariedade do gestor público quando da formulação de políticas públicas; já, as prestações que seriam asseguradas pela ideia do mínimo existencial seriam exigíveis judicialmente como um direito subjetivo.³⁷⁷ Logo, os direitos sociais não seriam objeto de apreciação judicial.

Em contraponto a estas ideias, Ricardo Silveira Ribeiro, com amparo em cientistas sociais, efetua uma crítica ponderando que não há uma clareza acerca do que seria o mínimo, e que tal expressão difere da acepção da palavra básico. Assim, quando se fala em mínimo pressupõe-se a aplicação da ideologia liberal que propõe a supressão ou cortes de atendimento, enquanto o básico denota o sentido de aplicação de investimentos sociais de qualidade como ponto de partida para melhores atendimentos;

³⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253

³⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 69.

³⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 141.

³⁷⁷ Idem, p. 181-183.

ou seja, “enquanto o mínimo nega o ‘ótimo’ de atendimento, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica das necessidades em direção ao ótimo”,³⁷⁸ assim, o básico é pressuposto para o estabelecimento de condições prévias necessárias para o exercício da cidadania. Para este autor, a posição de Ricardo Lobo Torres seria indevida pois engessa o entendimento acerca do mínimo existencial quando afirma que toda maximização de tal direito significaria se imiscuir no campo dos direitos sociais, impedindo, conseqüentemente, a via judicial da pretensão. Em proposta para otimização, Ricardo Ribeiro sugere o emprego da teoria das necessidades, conceito tomado de empréstimo da Economia e das Ciências Sociais, utilizada para, em síntese, indicar a melhor alocação dos recursos das políticas públicas e que poderia ser transposta para tentar atenuar as grandes distorções sociais, servindo de novo critério para a aplicação crítica das decisões judiciais.³⁷⁹

A noção de que o mínimo não deve ser encarado como algo desassociado de condições efetivas de respeito à dignidade é afirmada por Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, ao estabelecerem que os limites relacionados à tese, não visam a apenas assegurar um mínimo existencial, que não se deve confundir com uma espécie de caridade pública, mas, sim, garantir um patamar patrimonial que permita o livre desenvolvimento de capacidades individuais.³⁸⁰ Note-se, conseqüentemente, que a ideia do mínimo existencial está associada ao patrimônio mínimo, pois a proteção deste vai ao encontro das tendências de despatrimonialização das relações civis, ao realçar a pessoa e suas necessidades fundamentais, como assevera Luiz Edson Fachin,³⁸¹ e que se manifesta em diversos dispositivos no ordenamento pátrio, a exemplo do proteção ao bem de família, a proibição da doação universal, além das situações de impenhorabilidade de determinados bens, justamente para evitar que a pessoa fique privado de condições mínimas de sobrevivência.

³⁷⁸ RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas a perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. *Revista Ideia Nova*, Ano 02, nº 2, jan./jul 2004, UFPE, ISSN 1679-2440, p. 111. Disponível em: <https://www.academia.edu/8890642/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

³⁷⁹ RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas a perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. *Revista Ideia Nova*, Ano 02, nº 2, jan./jul 2004, UFPE, ISSN 1679-2440, p. 113. Disponível em: <https://www.academia.edu/8890642/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

³⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

³⁸¹ FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11-12.

O que se pode perceber é a estrita correlação entre o patrimônio mínimo e a dignidade da pessoa humana, condição que está explicitada na Nota Prévia da obra de Luiz Edson Fachin, estabelecendo a tônica da sua tese:

A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção.³⁸²

Com esteio nesta tese, deve-se procurar meios de proteção ao devedor para que lhe seja garantido permanecer com um mínimo de patrimônio, capaz de prover sua sobrevivência (mínimo existencial) e, conseqüentemente, manter sua dignidade, sendo que este mínimo não significa, contudo, como já advertido, o limiar da impossibilidade, posto que tal perspectiva não asseguraria o respeito aos direitos que se quer proteger. Agir desta forma, é reforçar a transição de um sistema eminentemente patrimonialista para outro vocacionado para a repersonalização do indivíduo, entendendo que os valores de outrora terão que ceder espaço para uma nova realidade que se pretende estabelecer através do reconhecimento dos limites do ser humano, para que os abusos legitimados pelo ordenamento não persistam e retomemos antigos referenciais de desrespeito à dignidade. A teoria do patrimônio mínimo, segundo Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald, causa uma mudança estrutural no direito privado a partir do momento em que “institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade”.³⁸³

4.2 A SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Estabelecida a vinculação entre solidariedade, dignidade e patrimônio mínimo, neste ponto delineado pela proteção ao mínimo existencial, impende observar que não importa, em regra, a natureza da relação que põe em risco o patrimônio da pessoa,

³⁸² FACHIN, Luiz Edson, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. IX-X (nota prévia).

³⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

pois a depender da situação, ela pode derivar de sua plena consciência (salvo em situações patológicas que comprometam o consentimento), como ocorre na doação universal, vedada pelo art. 548 do CC; nos atos de natureza patrimonial praticados pelos interditados por prodigalidade ou nas dívidas contraídas que não podem incidir sobre o bem de família (ressalvadas as exceções previstas nos incisos I a VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90) e sobre bens e direitos impenhoráveis.

Assim, até pelos exemplos oriundos de expressa previsão legal, percebe-se que a teoria do patrimônio mínimo e a proteção ao mínimo existencial não estão atreladas às relações de consumo, posto que funcionalizam a proteção da dignidade do seu titular, o que permite a defesa, ao nosso ver, da ampliação da tutela a ser efetuada ao superendividado, como será especificamente abordado no próximo tópico, mas que aqui cabe a discussão acerca do fundamento da proposta de alargamento do campo de incidência deste instituto.

Como já delineado quando da noção de solidariedade e sua eficácia jurídica, há íntima conexão entre este princípio e a dignidade da pessoa humana, ambos de matriz constitucional e vocacionados para a implementação de uma mudança social paradigmática se se considerar que o Brasil há menos de três décadas ainda vivia um regime de exceção, podendo-se afirmar que o processo democrático é uma experiência relativamente recente em nossa sociedade. Ao lado disso, vigorou em nosso ordenamento civil até janeiro de 2003, um código repleto de valores construídos no século retrasado, de natureza patrimonialista e em quase nada fomentador de valores sociais, em que pese a existência de poucos artigos que pudessem ensejar esta perspectiva, razão pela qual ter Fachin asseverado que

[...]o Código posto em vigor em 1917 perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente se especulou sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica.³⁸⁴

Diante desse panorama e com vistas à concretização dos objetivos constitucionalmente estabelecidos, faz-se necessário que seja repensada a ótica tradicional para o fortalecimento de técnicas ou princípios hermenêuticos que promovam tais valores, uma vez que se busca a aplicação maximizada dos princípios constitucionais em todos os segmentos da sociedade, não cabendo, destarte, sem motivação de igual

³⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba. a. 27, n. 27, 1992/93. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978/6284>. Acesso em: 25 dez. 2017.

hierarquia, alguma interpretação que restrinja a aplicabilidade destes elementos balizadores da produção legislativa e judiciária.

Advirta-se que não se pode olvidar, outrossim, que sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República, deve ser vista como princípio emancipatório, torna inconstitucional qualquer previsão que colida com seu conteúdo, salvo quando justificado seu abrandamento diante do choque entre princípios de direitos fundamentais, fazendo estender sua força normativa também para os chamados direitos sociais, entre os quais se inclui o direito do consumidor.

No compasso de implementação de garantias dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira se propôs garantir a defesa do consumidor, ao prever no inciso XXXII do art. 5º, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, inserindo tal compromisso no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), o que torna, ao nosso ver, indiscutível a afirmação de que os direitos dos consumidores (embora não apenas eles), por sua taxinomia jurídica, devem ser adequadamente protegidos para conformar o projeto constitucional pautado nos valores da existência livre, justa e solidária. Ademais, a Constituição também toma como compromisso, e que deve ser necessariamente observado, a busca pelo singular equilíbrio entre a defesa da livre iniciativa e o desenvolvimento da atividade econômica, como enuncia no artigo 170 que abre o tópico relativo à ordem econômica.³⁸⁵

A inserção dos direitos dos consumidores como direito fundamental traz à tona duas considerações: a primeira deriva da constatação de que as normas infraconstitucionais não podem contrariar a previsão de proteção das suas garantias, porque conferido status privilegiado a tal proteção no texto constitucional, sob pena de esvaziamento da efetividade do dispositivo legal. A segunda consideração é que devem seus direitos ser implementados a fim de concretizar o mandamento constitucional, havendo, assim, a consagração das prestações positivas necessárias, bem como a vedação de normas contrárias ao espírito norteador do CDC.

Apesar de a Constituição de 1988 ter previsto um rol de direitos sociais e não ter inserido o direito do consumidor em seu bojo, não impede que ele também seja considerado um direito social fundamental, uma vez que os direitos sociais “não estão exaustivamente enumerados no Título II de nossa Magna Carta, existindo, portanto,

³⁸⁵ CF/88: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V - defesa do consumidor;

direitos sociais dispersos ao longo de todo o seu texto”.³⁸⁶ Possível, portanto, reivindicar o status de direito social ao direito do consumidor, uma vez que a nota marcante daquele tipo de direito é a identificação de uma situação de desigualdade que deve ser atenuada pela participação do Estado, em virtude dos compromissos que assume através dos comandos constitucionais. Ademais, convém ponderar também que não é razoável imaginar que a Constituição não possa, em virtude dos efeitos do passar do tempo e das mudanças sociais, ser atualizada sua interpretação, a fim de estabelecer a proteção para direitos e interesses que eventualmente não tenham sido adequadamente contemplados quando de sua publicação, ou que a necessidade de tutela não se fazia presente, senão estaríamos repetindo o dogma da completude dos códigos oitocentistas, algo não mais concebível para um mundo em constante mutação.

Nesse sentido, pode-se apontar a orientação de Fabiana Kelbert esclarecendo que a cláusula de abertura material existente nos direitos fundamentais enseja a aquisição permanente de novos direitos da mesma categoria, em razão da escolha do constituinte estar subordinada à cultura, ao momento histórico e às necessidades ali presentes, podendo ser alteradas posteriormente com a mudança destes fatores.³⁸⁷ Este posicionamento pode ser extraído da própria classificação que é efetuada por José Afonso da Silva ao versar sobre os direitos fundamentais, afirmando que eles correspondem aos i) expressos (previstos explicitamente nos incisos do art. 5º); ii) os implícitos, subentendidos nos princípios e regime adotados no país, e, por fim, iii) os direitos decorrentes de tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil.³⁸⁸

A necessidade de condutas estatais na promoção dos objetivos propostos no texto da Constituição é apontada como característica dos direitos sociais, na opinião de André Ramos Tavares, sob o fundamento de que são direitos da segunda dimensão, que “exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”,³⁸⁹ ou nos dizeres de José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais são

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de

³⁸⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161.

³⁸⁷ KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 184.

³⁸⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 583.

igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade³⁹⁰

Ora, a partir do momento em que se percebe a disparidade de forças existente entre consumidores e fornecedores e toma-se em consideração a dimensão do problema em se considerando que significativa parcela das relações contratuais diariamente firmadas são de consumo, nas suas mais variadas formas, desde a negociação individualizada aos contratos de adesão em massa firmados, avulta destacar a necessidade de o Estado se imiscuir em tal seara para garantir a manutenção das condições ideais de trânsito jurídico entre as partes envolvidas neste contexto, sob pena de não o fazendo, por em risco as condições de segurança, bem-estar e dignidade dos consumidores.³⁹¹

Como mencionado alhures e identificado em vários exemplos, a proteção que se estabelece através do mínimo existencial direciona-se ao ser humano, e não necessariamente ao ser consumidor, o que nos afigura coerente, pois se a proteção aos demais indivíduos fosse reduzida a ponto de violar o núcleo intangível do patrimônio, e indiretamente, a dignidade, estar-se-ia criando uma nefasta distinção entre as pessoas, sem uma justificativa plausível para tal distinção de tratamento. Ainda que não se admita a inserção do direito do consumidor no plano dos direitos sociais, não há empecilho para que não haja a necessidade de uma postura estatal de atuação para sua plena concretização ou na vedação de leis que possam restringir sua aplicação.

Com base nesta premissa, seria salutar a implementação de medidas para acesso ao Judiciário, facilitando a busca pela prestação jurisdicional de forma célere e efetiva. Ademais, ao lado desta providência estatal, em outro polo, é importante reforçar a necessidade de uma melhor organização da sociedade civil para difusão de informações e conhecimento dos seus direitos, associada à propositura de demandas coletivas, por órgãos e entidades com legitimidade e capacidade jurídica adequadas para propiciar a efetiva tutela dos interesses da classe consumidora, com o fito de desestimular a conduta de grupos econômicos que violam os direitos do consumidor, por perceberem que a lesão em larga escala propiciará maiores lucros, tendo em vista o percentual de pessoas que

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 288-289.

³⁹¹ SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370#_ftn16. Acesso em: 13 dez. 2017.

irão ao Judiciário demandar a proteção dos seus direitos, especialmente se forem de pequena monta, quando individualmente considerados.³⁹²

A preocupação com as demandas envolvendo os direitos sociais e econômicos não passam despercebidos pela doutrina pátria, e devem aqui ser mencionados, posto que eles têm franca conexão com os valores aqui desenvolvidos nesta pesquisa. Asbjorn Eide e Allan Rosas ao tratarem do tema esclarecem que, em virtude de os direitos sociais, econômicos e culturais terem como elemento central de sua preocupação a proteção aos grupos vulneráveis, não devem ser tratados como políticas de caridade estatal, posto que “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda”.³⁹³

Flavia Piovesan ao se referir à questão da pequena demanda referente às questões dos direitos sociais e econômicos, também traz à baila o problema do distanciamento entre a população e o Poder Judiciário e a baixa litigiosidade entre as camadas mais excluídas, em virtude da dificuldade de acesso, pequena conscientização sobre seus direitos e o próprio descrédito em relação àquele Poder.

No Brasil, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, existindo uma clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano. O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas que envolvem a tutela dos direitos sociais e econômicos no Brasil ainda um ‘estranhamento recíproco’ entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do Judiciário considerada essencial está radicada no fato de ele se encontrar distante da maioria da população. No mesmo sentido, pesquisas conduzidas não apenas no Brasil, mas na Argentina, Peru e Equador, evidenciam que 55% a 75% da população apontam para o problema da inacessibilidade do Judiciário.³⁹⁴

Em virtude deste quadro, Flavia Piovesan reafirma a necessidade de implementação de medidas que aumentem a exigibilidade dos direitos sociais e

³⁹² Em que pese a existência do chamado “fluid recovery”, previsto pelo art. 100 do CDC, como um mecanismo de desestímulo à prática de ilícitos, a preocupação aqui centra-se, notadamente, nas diversas situações em que sequer a demanda coletiva foi proposta e o prejudicado não se sente estimulado a buscar a reparação não só pelo valor, mas até pela dificuldade de acesso ao Judiciário.

³⁹³ EIDE, Asbjorn; ROSAS, Allan. Economic, social and cultural rights: a universal challenge, in: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, Economic social and cultural rights. Dordrecht. Boston e Londres: Martinus Nijbom Publishers, 1995, p. 17-18, apud PIOVESAN Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

³⁹⁴ PIOVESAN Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67-68.

econômicos, não só favorecendo o acesso ao Judiciário, mas essencialmente, renovando o diálogo deste Poder com a sociedade civil, para sua conversão “em um locus de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos nacional e internacionalmente garantidos”.³⁹⁵

A preocupação de revisão do que se tem sido utilizado pela doutrina e pelo Projeto de Lei nº 3.515/2015 para o conceito de superendividamento visa a dar cunho prático e efetivo a tal instituto, com a pretensão de sua aplicação, notadamente pelo Poder Judiciário, para onde desaguam as demandas em busca de uma solução, ainda que paliativa, pelas razões explicitadas no capítulo anterior, e, em especial, pela inexistência, até o momento, de instrumentos processuais hábeis à tutela contra o superendividamento. Esta preocupação com a efetividade do conceito que ao fim será sugerido decorre do entendimento de que os problemas que afetam as pessoas, não só as vulneráveis, mas, de forma mais intensa e urgente para eles, quando o estado de vulnerabilidade diz respeito às condições socioeconômicas, e não apenas se for de natureza técnica ou informacional, como preceitua o CDC, é compartilhada por Marcus Orione Gonçalves Correia, que, embora trate do problema pelo viés do direito do trabalho, não impacta de forma diversa na pretensão da presente pesquisa.

Em artigo relativo à interpretação dos direitos fundamentais sociais, Marcus Orione Gonçalves Correia externa sua apreensão no tocante à tentativa de efetuar a interpretação dos direitos sociais a partir de uma hermenêutica constitucional, com amparo nas situações diárias, razão pela qual informa que a discussão se funda na prática concreta desses direitos, clamando por uma análise tanto no campo filosófico quanto procedimental em relação aos direitos sociais. Em sua opinião, há uma necessidade de reunião por estes dois pontos de vista para devido entendimento dos fenômenos da interpretação e aplicação do direito social, haja vista que o intérprete deve se postar criticamente e saber seu papel quando do processo de interpretação, sem se descuidar do plano da realidade:

Para a consolidação do direito como ciência, no entanto, é indispensável a dimensão da práxis. Curiosamente, ciências como o direito somente se realizam à medida que são instrumentalizadas. Portanto, o direito como instrumento é elemento apriorístico para a consolidação do direito como ciência. A instrumentalização do direito é condicionante e condicionada na ciência jurídica. E interessante perceber que, antes de proceder à sua instrumentalização, o cientista deve saber quais os pressupostos metodológicos que conduzem a interpretação.

³⁹⁵ PIOVESAN Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

Mal concluindo: somente há ciência no direito onde há o estudo de sua complexa dinâmica da interpretação. Existe, pois, um pressuposto filosófico na hermenêutica do direito que constantemente pela práxis dos instrumentais jurídicos. Este, por seu turno, não é imutável, já que deixa, com a p de ser o mesmo que era antes para se transformar constantemente em um novo pressuposto. Em síntese, a práxis atingindo a teoria e a teoria sendo refeita pela práxis como única dimensão científica do direito, que somente pode ser decodificada na ciência hermenêutica. Por seu turno, a aplicação, em si, não teria, aparentemente, uma dimensão científica na medida em que é práxis.³⁹⁶

A necessidade de buscar soluções que atendam aos problemas efetivamente vivenciados, atentando para a dimensão de práxis, é ponto essencial para que não sejam elaborados trabalhos sobre os direitos sociais em descompasso com a realidade, o que o autor analogicamente alude à figura de um castelo de areia que será destruído pelas forças não da natureza, mas da vivência do social, devendo os estudos a serem produzidos sobre o tema e as práticas aplicadas se orientem para o fato de “que os direitos sociais lidam com a situação imediata de vários seres humanos invisibilizados pela ação de uma construção hermenêutica que se estende no tempo”.³⁹⁷

A inserção do direito do consumidor como direito fundamental social se faz mais adequada, posto que estabelecerá a exigibilidade de implantação de medidas aptas à maximização dos objetivos constitucionais e daqueles previstos no próprio CDC, bem como impediria, de forma mais contundente a vedação de edição de lei contrárias a tais direitos, como ocorre com o projeto de Lei nº 3.515/2015, como será visto no tópico relativo ao objeto de proteção.

Neste sentido a ponderação de Bruno Miragem acerca da condição do direito do consumidor, como alvo de proteção privilegiada, na seara dos direitos humanos, em virtude da vulnerabilidade deste contratante:

A referência a um novo sujeito de direitos, o consumidor, é antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica da pessoa numa determinada relação de consumo, e a proteção do mais fraco (princípio do *favor debilis*). A rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras. Nesta perspectiva, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos, revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo.³⁹⁸

Reitere-se que tem sido afirmado a existência de deveres positivos de estabelecimento de condutas para defesa dos direitos fundamentais, bem como a proibição de retrocesso social quando da instalação do serviço ou providência estatal

³⁹⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-112.

³⁹⁷ Idem, p. 113.

³⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

adotada em proteção a um direito fundamental. Isto se colhe, por exemplo, da lição de Marcos Sampaio, que informa que a inércia estatal na realização dos direitos fundamentais sociais deve ser remediada por meio da censura da insuficiência de atuação legislativa ou governamental, uma vez que o Estado descumpra sua obrigação de proteção quando age abaixo dos níveis essenciais do conteúdo destes direitos, caracterizando o que se “convencionou denominar de proibição de insuficiência, tomada no sentido de insuficiente implementação dos deveres de prestação do Estado - *Untermassverbot*.”³⁹⁹

Na doutrina portuguesa, Vital Moreira comunga tal posicionamento, como se percebe do teor do acórdão 39/84, costumeiramente citado sobre o tema, em que foi seu relator, tendo o Tribunal Constitucional Português declarado a inconstitucionalidade do artigo 17 do Decreto-Lei n. 254/82, de 29 de junho, que revogava os artigos 18 a 61, 64 e 65 da Lei 56.779, de 15 de setembro, que organizava o Serviço Nacional de Saúde, por ter entendido que, com sua criação, passava a gozar de garantia constitucional de sua manutenção:

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.⁴⁰⁰

A necessidade de uma nova hermenêutica é enfaticamente proclamada por Paulo Bonavides que assevera que “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”,⁴⁰¹ e citando o posicionamento de Häberle, esclarece que essa mudança de perspectiva, ensejou a alteração da “máxima segundo a qual os direitos

³⁹⁹ SOUZA, Marcos Sampaio de. O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro. Dissertação de mestrado, p. 206. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

⁴⁰⁰ In: Portugal. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 592.

fundamentais já não têm eficácia em função da lei, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia em função dos direitos fundamentais”.⁴⁰²

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo afirmam que os direitos sociais abrangem tanto os direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), mas salientam que, da mesma forma que os direitos negativos possuem uma dimensão positiva, posto que sua implementação depende de uma conduta comissiva do Estado e também do particular, em contrapartida, os direitos a prestações também são dotados de posições subjetivas negativas, para pôr a salvo seus direitos contra interferências nocivas oriundas do Estado, de entidades sociais ou de particulares.⁴⁰³

Na verdade, há um contínuo fluxo de influências no processo de concretização dos direitos fundamentais, quer sejam percebidos como sociais ou não, posto que merecedores da tutela mais incisiva para que não seja retomada a percepção de que a Constituição deve ser considerada como carta política, logo, destituída de qualquer poder efetivo de transformar a sociedade. Percebe-se, pois o entrelaçamento entre solidariedade e dignidade para a concretização dos direitos fundamentais.

Asseveramos, contudo, que vislumbramos o direito do consumidor pela potencial litigiosidade que deriva do descompasso de forças existente entre seus destinatários de tutela e os fornecedores, deve ser enquadrado como direito social fundamental, reclamando, por conseguindo, a exigibilidade de condutas comissivas do Estado, quer seja na edição de leis que viabilizem os direitos básicos previstos no art. 4º do CDC (dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, e a transparência e harmonia das relações de consumo), quer seja na vedação de normas cujo conteúdo afronte tais direitos.

Há de se registrar, todavia, como anteriormente abordado, que, sendo a solidariedade e a dignidade elementos referenciais para a construção da sociedade moldado pelo modelo constitucional, devem estes valores serem utilizados no campo do superendividamento, para que seja estendido para as relações cíveis, notadamente as de natureza existencial, pelas razões a seguir apresentadas, otimizando tais institutos para

⁴⁰² Häberle, Peter. Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia, p. 264. 30, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 596.

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16.

que seja possível pugnar pela aplicação em todas as situações em que haja risco de não concretização dos objetivos preconizados pela Constituição Federal no tocante aos direitos fundamentais.

4.3 A PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO

O ponto fulcral na proteção ao superendividado está associado aos fundamentos constitucionais de garantia da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos com a solidariedade social e o patrimônio mínimo existencial, como forma de assegurar o equilíbrio entre o desenvolvimento da livre iniciativa econômica e os valores sociais previstos na Carta Magna de 1988. Em sendo assim, ao nosso ver, é necessário que a proteção contra o superendividado busque contemplar todas as situações em que a dignidade da pessoa humana encontre-se violada, excetuando aquelas hipóteses, em que valores de igual natureza se façam presentes, e que, por um juízo de ponderação, seja priorizada uma outra situação jurídica para evitar o desvirtuamento do instituto.

Surge, portanto, a necessidade, por conseguinte, de se discutir o conceito dado ao superendividamento, tanto pelo aspecto subjetivo quanto pelo objetivo, por entendermos que a definição dada pela doutrina, notadamente, por Cláudia Lima Marques, tendo em vista que sua definição é comumente repetida na maioria dos trabalhos sobre o tema, não contempla adequadamente aqueles que poderiam também ser alvo da proteção legal, da mesma forma que suprime indevidamente certos tipos de dívida da incidência protetora da tutela jurídica pretendida. Assim, a discussão levará em consideração tanto o que a doutrina tem afirmado sobre o superendividamento quanto será analisado o teor do Projeto de Lei nº 3515/2015, em virtude de ser a previsão legislativa específica sobre o tema, em cujo bojo se encontra o delineamento do seu conceito, as hipóteses de incidência e o regramento processual com o intuito de regulamentar esta situação que, até a presente data, representa um vazio no ordenamento brasileiro. Para fundamentar as considerações e sugestões efetuadas, será utilizado o princípio da solidariedade social, em razão de sua interface com o princípio da dignidade da pessoa humana e a base que ele cria para a proteção ao mínimo existencial.

A definição dada por Cláudia Lima Marques é que o superendividamento representa “a impossibilidade de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé,

pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”.⁴⁰⁴

Por sua vez, o § 1º do art. 54-A praticamente repete o conceito ao prever que:

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

O parágrafo 3º, que entendemos redundante, já que o 1º já se reporta ao devedor de boa-fé, complementa a previsão no que concerne ao elemento subjetivo:

§ 3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento

As previsões concernentes ao objeto do superendividamento ficaram divididas entre os parágrafos 1º (ao se referir às dívidas de consumo, exigíveis e vincendas) e 2º do art. 54-A e o parágrafo 1º do artigo 104-A, o que nos parece uma atecnia, haja vista que este último dispositivo legal trata da matéria processual.

Art. 54-A: § 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada

Art. 104-A: § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.

Assim, necessário se faz o desdobramento dos aspectos subjetivos e objetivos relacionados ao superendividamento, para que as sugestões de alteração sejam expostas de forma individualizada.

4.3.1 A ampliação do sujeito

A análise acerca do aspecto subjetivo do superendividamento envolve três variantes: i) a existência ou não de boa-fé do devedor; ii) seu grau de participação para a constituição da situação, e iii) quem pode ser protegido pelo tratamento legal vigente em cada sistema jurídico.

No que concerne ao primeiro aspecto, concordamos que apenas o superendividado de boa-fé pode ser protegido, uma vez que aquele que contrai dívidas com a expectativa de futura isenção de responsabilidade quanto ao seu pagamento não

⁴⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 615.

pode ser beneficiado com sua postura dolosa, posto que afrontaria a justa ideia de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

De fato, não se pode pretender a exclusão de responsabilidade pelo pagamento das dívidas para o indivíduo que deliberadamente as contrai na esperança de ser contemplado com alguma brecha ou mecanismo legal que o exima do pagamento de suas obrigações, ou que as reduza, em detrimento dos interesses do credor, em postura que afronta a boa-fé, e que não pode ser justificada, notadamente em decorrência do fortalecimento das posturas éticas que têm sido aplicadas não só no direito contratual, mas nos mais diversos ramos do Direito.

Chancelar a postura de má-fé do devedor que tem a intenção cabal de não honrar seus compromissos, muito mais que uma violação ética, de cunho moral, ou jurídica, em decorrência da violação aos interesses do credor, poderia ensejar uma crise de maiores proporções diante da instabilidade e insegurança a que seriam levados os contratantes, diante da possibilidade deste fato ensejar uma equivocada percepção social que os contratos poderiam ser simplesmente descumpridos, sem qualquer reprimenda estatal acerca de tal conduta.

Num quadro de insegurança e fragilidade, haveria uma provável ocorrência de reflexos oriundos de uma postura de desconfiança entre os contratantes, a exemplo da eventual retração do crédito, ou da elevação das taxas de juros para sua concessão, a necessidade de reforço através de garantias reais ou fidejussórias nas relações contratuais e da própria elevação dos valores dos bens e serviços como forma prévia de se resguardar de eventuais prejuízos futuros, alcançando indiscriminadamente tanto o bom pagador quanto o inadimplente, notadamente aquele de má-fé.

Como a má-fé não se presume, a eventual alegação de violação à boa-fé deve ser cabalmente produzida pelo credor para impedir o benefício judicial do parcelamento das dívidas existentes, até porque a depender do tipo de dívida contraída, mais clara seria a postura proba do devedor. Saliente-se, todavia, que o Projeto de Lei em comento não traça qualquer distinção no fato gerador da dívida, desde que sua natureza seja contemplada pelos dispositivos legais mencionados, ou seja, basta que a dívida decorra de “compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada”, como prevê o §2º do art. 54-A.

A ausência de qualquer atrelamento ao fato causador da dívida torna-se um ganho, pois simplifica o procedimento de recuperação do devedor, quando da apresentação da proposta de parcelamento, em que pese eventuais críticas de que tal

postura poderia facilitar ou encorajar a conduta desleal daquele que efetuará a aquisição de bens ou serviços, ou que contrairá empréstimos na expectativa do seu fracionamento. Embora reconheçamos que tal risco seja concreto, não nos afigura razoável deixar de se estender algum tipo de proteção legal efetiva ao devedor superendividado em razão de uma pressuposição da postura de má-fé do devedor em geral. Dentro de um juízo de ponderação entre os milhares de brasileiros que se encontram com níveis de endividamento extremo e que precisam e desejam honrar seus compromissos de forma possível, diante das suas condições financeiras, geralmente não muito favoráveis, notadamente neste momento histórico de crise (entre tantos outros em nossa história de flagelos econômicos) e a manutenção dessas pessoas em situação de exclusão social pela impossibilidade de acesso ao crédito e de obtenção de um emprego (já que muitas empresas não aceitam empregados com restrição creditícia), pela presunção de má-fé, há de se inclinar pela postura que privilegie a restauração da dignidade.

Esta realidade é descrita por Roberto Senise Lisboa e Rafael Percovich Cisneros, ao informar que a prática de negar fornecimento de emprego por causa da situação econômica do candidato é prática ainda adotada no país, o que perpetua a condição do endividado, pois não tem como angariar recursos para quitar seus débitos, dizendo que “mesmo sendo moral e legalmente proibida a discriminação no âmbito laboral, por causa de dívidas contraídas e não pagas, na vida real a negativa de trabalho é prática ainda utilizada pelos empregadores”.⁴⁰⁵

Pode-se supor, ademais, que a escolha do legislador, ao propor a aceitação de parcelamento das dívidas sem a perquirição da sua origem, reconheceu implicitamente a existência de técnicas de estímulo ao consumo que findam por fomentar o quadro de desequilíbrio estrutural do devedor, e a vulnerabilidade do consumidor no mercado, até porque os dispositivos do Projeto de Lei nº 3.515/2015 têm como objetivo “aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento”, consoante se verifica da justificção constante do Projeto de Lei originário (PL nº 283/2012) que mencionava o seu intuito de atualizar o CDC. Assim, afigura-se razoável que tenha havido o reconhecimento da vulnerabilidade, pois a retirada de tal elemento significaria alteração de pilar fundamental daquele diploma normativo.

⁴⁰⁵ LISBOA, Roberto Senise; CISNEROS, Rafael Percovich. Superendividamento: o mal da pós-modernidade. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo** - Vol. IV, n. 15, Setembro 2014, p. 89-90.

Passando para a abordagem sobre o segundo aspecto, a doutrina assevera que existem dois tipos de superendividamento de acordo com o grau de participação do indivíduo na deflagração do problema: o passivo e o ativo⁴⁰⁶; entendimento este defendido também pela doutrina portuguesa, a exemplo de Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade:

O sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência dos particulares, diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas. Uma parte da doutrina considera ainda como sobreendividamento as situações em que o devedor, apesar de continuar a cumprir os seus compromissos financeiros, o faz com sérias dificuldades. Fala-se de sobreendividamento activo quando o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planeando os compromissos assumidos. Designa-se por sobreendividamento passivo os casos em que essa impossibilidade de cumprimento resulta da ocorrência de circunstâncias imprevistas como o divórcio, o desemprego, a morte ou uma doença (os chamados ‘acidentes de vida’), que determinam um aumento de despesas excepcional ou uma quebra no rendimento habitual do devedor.⁴⁰⁷

Conclui-se, portanto, que o superendividamento passivo pode ser caracterizado por aquele que não decorre de conduta culposa ou dolosa do devedor, derivando sua causa de fatores alheios à vontade do endividado, a exemplo da perda de rendimento pelo desemprego, redução salarial, despesas assumidas por problemas de saúde, a partilha decorrente do fim do casamento ou da união estável por iniciativa do cônjuge ou do companheiro, e notadamente nas hipóteses de força maior ou caso fortuito., Como os atos que originaram o desequilíbrio econômico do devedor decorrem de eventos alheios à sua vontade, haverá uma presunção relativa de boa-fé do superendividado.

Em contrapartida, o superendividamento ativo é aquele provocado por posturas derivadas da vontade do devedor, tanto na utilização do crédito, quanto nas demais transações patrimoniais, impossibilitando a quitação de suas dívidas, em decorrência do descompasso entre seu orçamento e patrimônio e o volume das obrigações atuais e futuras assumidas. Há de se ressaltar, porém, que o fato de o superendividamento ser ativo não significa necessariamente que exista um atrelamento à postura de má-fé, posto que o devedor pode ter apenas mal avaliado as escolhas efetuadas, ter sido confiante

⁴⁰⁶ Assim afirmam: SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In: **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 71, jul./set. 2009; COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

⁴⁰⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina. Regular o sobreendividamento. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

acerca da sua possibilidade de solver as dívidas contraídas, ser inexperiente na avaliação dos riscos envolvidos, não ter exata noção dos impactos econômicos de uma contratação, ou simplesmente ter firmado um contrato com cláusulas abusivas que ensejaram seu endividamento extremado.

Geraldo de Faria Martins da Costa registra que a jurisprudência francesa analisa a questão da má-fé nos casos de superendividamento ativo pontualmente, tentando aferir se houve intenção ou conduta culposa que gerou tal situação para conceder o beneplácito legislativo, tendo em vista que a postura de boa-fé do devedor é requisito essencial para o deferimento das benesses legais.

Não se impede, por conseguinte, que o endividamento ativo seja empecilho para a recusa ao procedimento previsto naquele país, até porque a dívida pode ter sido fruto de conduta de fornecimento de crédito sem a devida observância do fornecedor aos deveres gerais de conduta, notadamente os relacionados ao aconselhamento e à informação adequada sobre os riscos do contrato⁴⁰⁸.

E, de fato, a questão é analisada com acuidade, pois a ausência de boa-fé impede que o devedor seja beneficiado pela legislação francesa, motivo que gera a anotação feita por Gilles Paisant, acerca dos três princípios relacionados à boa-fé: i) que a boa-fé é presumida; ii) que a determinação da existência da má-fé é uma questão fática, e, por conseguinte, não pode ser considerada em abstrato; iii) que a ausência de boa-fé se aprecia levando-se em consideração o conjunto de elementos existentes no momento em que se analisa a admissibilidade da demanda e não em relação a fatos passados.⁴⁰⁹

Em seguida, Gilles Paisant ressalta que a participação do devedor na geração do problema não faz presumir a má-fé, uma vez que, não sendo ela presumida, a má-fé deverá ser demonstrada pelos credores:

Por outro lado, a condenação de uma pessoa por fatos que não estão relacionados com sua situação de sobreendividamento não pode caracterizar a ausência de boa-fé impedindo a admissibilidade do pedido. Da mesma forma, a simples acumulação de dívidas ou créditos não é suficiente para constituir uma ausência de boa fé, mesmo que o devedor não possa fornecer explicações a esse respeito. Por outro lado, se o gerenciamento inconsequente de seus ativos fosse assimilada a um comportamento contrário à boa fé, não é o caso da administração descrita como imprudente ... A fronteira entre essas duas situações parece muito tênue.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 117-118.

⁴⁰⁹ PAISANT, Gilles. Buena fé, crédito y sobreendeudamiento: el caso francés. **Revista de Direito do Consumidor** 2015, vol. 100, p. 201.

⁴¹⁰ PAISANT, Gilles. Buena fé, crédito y sobreendeudamiento: el caso francés. **Revista de Direito do Consumidor** 2015, vol. 100, p. 202. Tradução livre do trecho: En cambio, la condena de una persona por

Tal perspectiva nos parece mais adequada porque estabelece o centro da atenção na postura de boa-fé, tornando-se irrelevante que o superendividamento tenha sido causado por fato gerado pelo consumidor ou que ele tenha sido tragado por fatos da vida que o levaram àquele estado.

Aqui se faz necessária uma breve digressão, para citarmos os casos de prodigalidade e a oniomania. Entendemos que não haja uma necessária equiparação entre o superendividamento e estas hipóteses, embora os indivíduos enquadrados em tais situações possam se tornar superendividados. Analisemos cada um dos casos separadamente.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a legislação pátria enxerga o pródigo como sendo aquela pessoa que dilapida seu patrimônio, de modo a comprometer sua sobrevivência e, para amparar sua incapacidade relativa, a doutrina vem afirmando se tratar de “um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social”.⁴¹¹

O tema comporta uma discussão mais ampla que o espaço desta pesquisa, notadamente diante da mudança de tratamento acerca das pessoas com deficiência, instaurada com a Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) que busca resgatar o papel de sua autonomia, alijada com o tratamento que lhe era dado pelo CC/2002, contudo, deve-se salientar, de logo, que nem mesmo há unanimidade acerca da existência de patologia nos quadros de prodigalidade.

Silvio Venosa posiciona-se pela existência de um quadro patológico ao asseverar que “A prodigalidade não deixa de ser uma enfermidade mental, usualmente ligada a jogos e a outros vícios. A prodigalidade é, ao mesmo tempo, uma problemática social, jurídica e psiquiátrica”.⁴¹² Afastando-se um pouco do apontar como uma patologia própria, já afirmou Fátima Nancy Andrichi, que “O Código faz crer que se trata de uma enfermidade autônoma, quando na verdade, a prodigalidade não é uma doença mental e sim um sintoma que aparece em várias patologias mentais”.⁴¹³

hechos que no se relacionan a su situación de sobreendeudamiento no puede caracterizar la ausencia de buena fe obstaculizando la admisibilidad de la demanda. Igualmente, la simple acumulación de las deudas o de los créditos no basta para constituir la ausencia de buena fe, aun cuando el deudor no puede proporcionar explicaciones al respecto. Por otra parte, si la gestión "inconsecuente" de su patrimonio fue asimilada a un comportamiento contrario a la buena fe, no es el caso para la gestión calificada de "imprudente"... ¡ Muy tenue parece la frontera entre estas dos situaciones!

⁴¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, volume 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281.

⁴¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 479.

⁴¹³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Em Palestra proferida no seminário sobre Interdição realizado no Superior Tribunal de Justiça, em 07/11/2005, apud ALMEIDA, Isadora Heberle. Interdição por prodigalidade:

No mesmo sentido, Paulo Nader segue afirmando que é um quadro difícil de distinguir entre aquele que gasta indevidamente daquele que efetua maus negócios, e que esta situação “Pode ocorrer que a prodigalidade seja apenas uma das manifestações de um quadro anômalo mais amplo, sendo possível, assim, o enquadramento da pessoa na figura do inciso II do mesmo artigo”.⁴¹⁴

Em posicionamento diametralmente distinto, era o pensamento de Augusto Teixeira de Freitas, para quem os pródigos não são considerados incapazes:

[...] primeiro, porque na prodigalidade não vejo alteração das faculdades intelectuais; segundo, porque a liberdade individual é um bem precioso, que não deve ser restringido senão nos casos de evidente necessidade; terceiro, porque não descubro critério algum para distinguir com certeza o pródigo daquele que não o é, e maiormente no estado atual dos costumes; quarto, porque o arbítrio é grande e perigoso.⁴¹⁵

Este questionamento também se faz presente na obra de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, os quais indagam acerca da possibilidade de o Estado se imiscuir nas escolhas do indivíduo, sob a premissa de proteger seu patrimônio, sem ao menos saber se aquele não seria sua opção de vida, razão pela qual entendem que a proteção conferida pelo ordenamento se direciona ao patrimônio e não à pessoa, pelo que defendem que só seria legítima a intervenção judicial estatal se a conduta da pessoa causar risco à sua dignidade, afirmando que “a incapacidade do pródigo somente será reconhecida quando os seus gastos desordenados comprometerem a si mesmo e à sua dignidade – o que tem caráter completamente excepcional.”,⁴¹⁶ confirmando o nosso posicionamento acerca da ausência de identificação entre o pródigo e o superendividado, embora, repita-se, a prodigalidade, em grau extremo, pode ensejar o superendividamento, e a depender do momento em que as dívidas foram constituídas, diante da lacuna legal existente, será mais proveitoso ao pródigo buscar a tutela tradicional, visando à aplicação da invalidade da obrigação.

proteção ao patrimônio ou cerceamento à liberdade? Disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/isadora_almeida. Acesso em: 25 dez. 2017.

414 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, parte geral – vol. 1. 10. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 85.

415 FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil: esboço. Rio de Janeiro: Laemmert, 1890 apud ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 87.

416 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, volume 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281-282.

Por sua vez, a oniomania está classificada pela Organização Mundial de Saúde sob o CID 10 – F 63.8417. Esclarecem Hermano Tavares; Daniela Sabbatini Lobo; Daniel Fuentes e Donald W. Black que o elemento particular nesta patologia é a impulsividade. Seus portadores não podem evitá-la, independentemente do nível cultural, “os pacientes são absolutamente incapazes de pensar diferentemente e de conceberem as consequências sem sentido de seu ato e as possibilidades de não realizá-lo. Não chegam nem a sentir o impulso, mas agem de acordo a sua natureza”.⁴¹⁸

Da mesma forma que na situação anterior, a oniomania não pode ser enquadrada como idêntica ao superendividamento, embora possa ser um caminho natural se o volume de compras comprometa sua capacidade de pagamento. Em virtude da total incapacidade de fazer frente ao desejo que as acomete, estas pessoas podem pleitear a nulidade do negócio firmado, em razão da ausência de plenitude de consciência quanto ao ato praticado.

Chegando ao terceiro referencial no tocante à análise subjetiva do superendividamento, aqui reside nossa divergência quanto ao que tem sido afirmado pela doutrina e pelo texto legal citado, posto que defendemos a inclusão no campo dos legitimados a receber a proteção legal, não somente o consumidor, mas, também, o devedor de relação jurídica em geral, notadamente quando a relação deriva de situação subjetiva existencial ou de contrato existencial, sendo de consumo ou não, fazendo com que a somatória de suas dívidas desta natureza possa ser incluída no cômputo geral para efeito de parcelamento ou redução dos débitos.

A sustentação dessa proposta está calcada nas considerações efetuadas ao longo deste trabalho sobre a eficácia jurídica da solidariedade, a proteção à dignidade da pessoa humana e o resguardo do mínimo existencial, uma vez que não nos parece razoável defender que não se proteja aquele que, diante de situação essencial à sua sobrevivência, tenha assumido dívidas e fique superendividado, ao passo em que se estende a proteção ao devedor consumidor que, até mesmo, tenha contraído compromissos sem critérios de essencialidade estrita, embora motivado por todo o conjunto de fatores que o leve a contratar, possa ser amparado por um tratamento mais privilegiado.

⁴¹⁷ BANCO DE SAÚDE. **CID 10 F 63.8 – Outros transtornos dos hábitos e dos impulsos. Classificação Internacional de Doenças.** [s.l.]. Disponível em: <<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f638/outros-transtornos-dos-habitos-e-dos-impulsos>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

⁴¹⁸ BLEULER E. Textbook of Psychiatry. New York: McMillan; 1924 apud TAVARES, Hermano et al. Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso. **Rev. Bras. Psiquiatr**, São Paulo, v. 30, supl. 1, p. S16-S23, May 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462008000500004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Em que pese seja justificado o tratamento diferenciado ao consumidor, em decorrência da vulnerabilidade que o acomete no mercado, tal critério hermenêutico não deve ser mantido em detrimento de um valor fundante da República (dignidade da pessoa humana) e do objetivo constitucional de edificação de uma sociedade mais igualitária e justa, pautada no princípio da solidariedade. Ora, se a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio fundante da República brasileira, consoante a expressa dicção do art. 1º, III, da norma maior, não se pode fazer tábula rasa do preceito constitucional, entendendo-o como mera norma programática, sem qualquer poder cogente capaz de modificar todo o *status quo* até então vigente, uma vez que se propôs a ser um marco de transformação hermenêutica na estrutura jurídica pátria, modificando essencialmente a forma de pensar e aplicar os institutos jurídicos existentes.

Agir desta forma seria desprezar o intuito constitucional de se adequar às necessidades imperiosas do ser humano, entendendo-o como destinatário central da proteção do ordenamento jurídico, em que se resgatam as noções kantianas sobre o tema,⁴¹⁹ e deixar de acompanhar a tendência constitucional do compromisso assumido pelos Estados de Direito no estabelecimento de garantias efetivas contra a coisificação do ser humano e o desrespeito das condições essenciais de sua sobrevivência digna.

Ora, se há interesse na concretização dos valores constitucionais, imprescindível se faz a interpretação que seja adequada a assentar na prática os projetos desejados pelo legislador, com o fito de se alcançar a eficácia constitucional pretendida, seguindo a ideia preconizada por J. J. Gomes Canotilho, no que diz respeito ao alcance da “eficácia ótima da lei fundamental”:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.⁴²⁰

Canotilho também assevera tal raciocínio ao tratar do que ele chama de princípio da máxima efetividade:

⁴¹⁹ “[...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins”. KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, Lda., 2007, p. 77.

⁴²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 229.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (*no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*)⁴²¹

Ora, se o objetivo da Carta Magna de 1988 é assegurar a dignidade da pessoa humana, tem-se como irrazoável a interpretação que priva de proteção o superendividado de uma dívida que comprometa sua sobrevivência, notadamente em situações de natureza existencial, excetuadas as decorrentes de indenização por ato ilícito, pelo caráter reparatório desta verba, e a de alimentos, pela proteção que se deve dar ao alimentante, notadamente pelo fato de que a prisão civil só alcança as três últimas parcelas e já vem sendo delineado o entendimento que veda a possibilidade da reiteração da prisão pela mesma dívida.⁴²²

Externamos nossa preocupação com a eventual aprovação do mencionado Projeto de Lei 3.515/2015, sem que haja qualquer modificação do seu teor, no que concerne a previsão existente no §1º do art. 54-A, estabelecendo que o superendividado deve ser um consumidor, posto que isso poderá dificultar a extensão da proteção a outras categorias, diante da literalidade do dispositivo em comento.

Entendemos, todavia, que o referido artigo não tem o condão de vedar a proteção que se deve ter ao superendividado, utilizando-se o recurso da interpretação conforme os valores constitucionais vigentes, que buscam a preservação da dignidade da pessoa humana, como apresentado anteriormente. Ademais, a defesa da proposição de ampliar a incidência da proteção contra o superendividamento ao devedor de obrigação cível, especialmente as de natureza existencial, encontra lastro numa interpretação mais peculiar sobre o chamado diálogo das fontes.

A expressão cunhada por Erik Jayme e trazida ao nosso direito por Cláudia Lima Marques, defende a “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes”,⁴²³ havendo o diálogo, em virtude da “aplicação

⁴²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 227.

⁴²² Devedor de alimentos não pode ser preso duas vezes pela mesma dívida, diz STJ. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-20/devedor-alimentos-nao-preso-duas-vezes-mesma-divida>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁴²³ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Direito do Consumidor 45**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente [...] ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato”.⁴²⁴

Ainda que a aplicação da teoria do diálogo das fontes seja aprioristicamente vocacionada ao consumidor, assegurando-lhe uma proteção ampliada através do emprego de normas de diferentes diplomas normativos, em virtude do reconhecimento de sua vulnerabilidade, e até mesmo pela própria previsão expressa do art. 7º do CDC,⁴²⁵ não há vedação para sua incidência nas relações cíveis, uma vez que o diálogo pode ser de “influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei”,⁴²⁶ fazendo com que haja uma “influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”,⁴²⁷ como explicitamente mencionado por Cláudia Lima Marques.

E no preciso exemplo dado acerca da possível redefinição do campo de aplicação de uma lei se enquadraria a situação do superendividado não consumidor, notadamente quando a natureza da dívida seja de aspecto existencial. Bem verdade que, pela condição de consumidor de todas as pessoas físicas e, até mesmo, as jurídicas, seja pouco provável que o status de superendividado decorra tão somente da dívida oriunda de uma relação contratual existencial, porque provavelmente preferirá ele, entre a dívida decorrente, por exemplo, de um contrato de locação residencial, e outras de menor urgência ou relevância, buscar a quitação daquela para assegurar sua moradia, deixando acumular as que poderá postergar, dando preferência em buscar a quitação daquela que for mais prejudicial para a concretização do seu projeto de vida.

Indispensável se faz registrar, contudo, que a pequena possibilidade, no plano prático, de o superendividamento decorrer apenas de uma dívida de natureza existencial, não afasta, em nosso entender, a possibilidade de se estender ao devedor de relação cível, a proteção que for eventualmente conferida ao superendividamento decorrente de dívida de consumo. Assim sendo, tem-se que o mais provável é que a dívida de natureza

⁴²⁴ Idem, p. 74.

⁴²⁵ CDC, Art. 7º - Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁴²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Direito do Consumidor 45**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

⁴²⁷ Idem, p. 77.

essencial será apenas mais uma a ser somada às demais obrigações constituídas de relações de consumo, englobando o todo a ser objeto da renegociação a ser implementada.

Não se pode deixar de atentar ao fato de que a não inclusão da dívida que cause risco à sobrevivência do devedor, ou que de alguma forma afete sua dignidade, ou porque violadora do mínimo existencial, seja ela decorrente de relação existencial ou não, no bojo das obrigações passíveis de alcance pelo superendividamento ensejará uma flagrante probabilidade de impossibilitar o pagamento das demais, justamente pelo prejuízo que ela causa, notadamente se tiver o crivo da essencialidade. Logo, a inclusão das demais dívidas junto com as demais tornaria mais factível a possibilidade de o devedor reprogramar a quitação de suas obrigações, sem frustrar o plano de pagamento pela necessidade de aportar parcela de seus recursos para preservar sua sobrevivência.

Registre-se, inclusive, que a proteção ao mínimo existencial é elemento fundamental na proteção ao superendividado, tanto é que o conceito contido no Projeto de Lei nº 3.515/2015, expressamente o menciona, demonstrando a necessidade de sua tutela.

A utilização paralela da normatização protetiva do CDC às relações cíveis, notadamente as de natureza existenciais, embora não transportável sem algum esforço para outras relações, em virtude do campo de atuação delineados entre as figuras do consumidor e do fornecedor, previstos, respectivamente, nos artigos 2º e 3º daquele diploma normativo, pode ser defendida de forma indireta, através de uma hermenêutica inclusiva, como técnica de aproximação nos pontos em que forem coincidentes, especialmente no que concerne à vulnerabilidade. Ressalte-se que não se está defendendo a aplicação do CDC em toda e qualquer relação cível, mas sim, a invocação do princípio da solidariedade para igualar o devedor cível superendividado ao devedor consumidor na mesma situação.

Embora se reconheça que não seja uma das tarefas mais fáceis, aceitar a aplicação da sistemática consumerista nas relações de outra natureza, a exemplo das cíveis, em virtude de todo o entendimento doutrinário existente, repita-se, em virtude do sujeito alvo de proteção daquela norma especial, nada impede que suas normas alcancem outros destinatários, como sói acontecer no caso do consumidor por equiparação (bystander), ainda que justificada tal situação pela presença de uma relação de consumo subjacente, pautando-se, porém, agora na ideia de máxima proteção à dignidade da pessoa humana, especialmente nas situações existenciais, fazendo preponderar o valor da solidariedade.

Como a existência da relação de consumo base não é condição *sine qua non* para a proteção ao consumidor, a teor do que estabelecem os artigos 17 e 29 do CDC, é possível conceber a proteção contra o superendividamento para aqueles que não seriam consumidores. Nesse sentido cabe o esclarecimento de Sérgio Cavalieri Filho acerca da aplicabilidade do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor:

O art. 29, finalmente, equipara a consumidores todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais. Juntamente com o supramencionado artigo 17, apresenta-se como regra excepcionadora da abrangência original do Código de Defesa do Consumidor, objetivando alargar a incidência da legislação consumerista para além dos estritos limites da relação de consumo, originada da restrita aplicação dos conceitos de consumidor e fornecedor, estampadas no caput do art. 2º e no caput do art. 3º, respectivamente.⁴²⁸

A possibilidade de extensão de responsabilidade é igualmente abordada por James Marins, que enfatiza o caráter abrangente do artigo 29 do CDC, notadamente, pela observação de ausência de antinomia nas relações travadas:

[...] considerado o ditame do art. 29 à luz da interpretação lógica e gramatical, é forçoso reconhecer-se que a extensão pretendida, ao equiparar a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, está disciplinando relações jurídicas de toda ordem, mesmo que não sejam relações de consumo, e consumidor não se trate. Se a norma não estabelece limitações ou *discrimens* à equiparação, não cabe ao intérprete fazê-lo, especialmente se não existe qualquer antinomia normativa a ser expurgada, não existindo também qualquer conflito com o sistema seja se considerado o microssistema das relações de consumo ou nosso sistema jurídico como um todo.⁴²⁹

Fato é que se deve atentar para a atual realidade social, que, a despeito de apresentar indivíduos com alvos de proteção distintos (consumidores, idosos, crianças adolescentes, portadores de deficiências, etc.), exigir, num primeiro momento, a necessidade de um pensar específico nessas diferenças; ao mesmo tempo, propicia a reflexão acerca dos pontos de convergência para que se possa propugnar mecanismos de efetividade dos seus direitos através da proteção estatal.

A multiplicidade de sujeitos que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico é um reflexo da complexidade das novas relações sociais, o que, por certo, trouxe desafios aos valores relacionados a uma pretensa segurança e estabilidade concebidas pelo jurista de tempos passados, exigindo uma nova hermenêutica acerca dos institutos jurídicos, como observou Antonio Junqueira de Azevedo:

No campo do Direito, a consideração da ‘realidade como é’ parece ao jurista pressuposto básico para a muito procurada segurança jurídica; a simples dúvida sobre a aptidão de o pensamento refletir a realidade incomoda. Paralelamente, outra característica dos tempos pós-modernos, a

⁴²⁸ Cavalieri Filho. Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

⁴²⁹ MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 18, Revista dos Tribunais, p. 99.

hipercomplexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do Direito, quer materiais - porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade, mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais - com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos, etc. etc. - quebram a permanente tendência à unidade do mundo do Direito⁴³⁰

A necessidade de repensar os institutos jurídicos tradicionais, adequando-os às situações fáticas que se transformam e demandam uma nova interpretação é consequência natural do papel do Direito como regulamentador da sociedade. Assim, ocorreu, por exemplo, quando da fragmentação das estruturas clássicas em decorrência de evolução social que ensejou a mudança do perfil do Código Civil como “Constituição do direito privado”,⁴³¹ notadamente como reflexo das demandas de um mundo cada vez mais complexo, e que gerou a produção das mais diversas normas, designadas de microsistemas jurídicos,⁴³² tentando contemplar uma nova realidade de interesses não necessariamente idênticos, mas também não obrigatoriamente colidentes, retirando a unidade do ordenamento do Código Civil e a transferindo para a Constituição Federal, como elemento aglutinador dessa nova realidade transformada que não mais cabia nos paradigmas dos velhos institutos e na formatação hermética do Código Civil.

Aqui se propõe o mesmo desafio; assegurar para as situações de dívidas de pessoas físicas não consumidoras, o idêntico tratamento direcionado ao superendividamento, como forma de proteger o mínimo existencial e alcançar o objetivo da instituição de uma sociedade solidária.

4.3.2 A ampliação do objeto

Delineada a discussão sobre o aspecto subjetivo, passa-se a tratar acerca do elemento objetivo do superendividamento, uma vez que existem pontos que devem ser discutidos para implementação de tal proteção.

Tendo mais uma vez como paradigma, a definição dada por Claudia Lima Marques, anteriormente exposta e a redação do §1º do art. 54-A do Projeto de Lei nº

⁴³⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67429/70039>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴³¹ BARROSO, Carlos Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os princípios fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

⁴³² Como uma síntese desse processo de mudança paradigmática do sistema, cabe a referência ao trabalho de Gustavo Tepedino. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In **Temas de Direito Civil** / TEPEDINO, Gustavo (Coord). 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 07-13.

3.515/2015, avulta chamar a atenção para os demais dispositivos que versam sobre o que pode ser objeto da incidência legal contra o superendividamento.

O § 1º do art. 54-A menciona as “dívidas de consumo, exigíveis e vincendas”, esclarecendo o § 2º do mesmo dispositivo legal, que “As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada”.

Por sua vez, o § 1º do art. 104-A, ao tratar do processo de repactuação, delimita a natureza das obrigações que estão excluídas daquele procedimento:

§ 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.

Da análise conjugada dos dispositivos supramencionados, pode-se extrair a conclusão que apenas dívidas de consumo estariam aptas a receber o tratamento legal favorável ao combate ao superendividamento e suas consequências, situação que já se encontrava delineada desde a identificação do sujeito superendividado, estabelecido no art. 54-A, mas que encontra reforço junto a expressa exclusão de outras matérias mencionadas no aludido § 1º do artigo 104-A. Aqui, mais uma vez, reside nossa irresignação parcial quanto ao texto normativo e sua aceitação doutrinária no tocante às limitações do seu objeto, cabendo a análise pontual das hipóteses de inaplicabilidade previstas no mencionado dispositivo legal.

De logo é necessário reafirmar a necessidade de se estabelecer um diálogo de complementariedade entre o CDC e o Código Civil para que situações limítrofes, a exemplo do superendividamento que tanto pode acometer o consumidor como o devedor de relação cível tenham uma melhor regulamentação, partindo-se dos elementos adequados de cada um destes diplomas. Este fenômeno de deslocamento normativo pôde ser observado, por exemplo, na própria formação legislativa que paulatinamente se sucedeu com a ressignificação do Código Civil, através dos diversos estatutos que foram surgindo em nosso ordenamento, aos quais se reconheceu a imprescindibilidade de comunicação entre as diversas áreas do direito, produzindo códigos de conteúdos distintos, onde convivem em harmonia estrutural, normas de direito material, processual, administrativo e até penal, como se pode notar da leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente e do CDC. Assim, nada impede a nosso ver, respeitadas as singularidades

estruturais de cada um destes códigos, possam atuar em conjunto para sanar situações que provavelmente surgirão com a gradual complexidade do tecido social.

Tendo aqui defendido a ampliação do conceito subjetivo de superendividamento para os não consumidores, reiteramos o entendimento, por consequência lógica ao seu objeto, que as dívidas que não sejam de consumo também possam fazer parte do rol de débitos passíveis de composição coletiva. Assim, para que haja a superação do óbice à complementariedade por conta da previsão normativa do CDC, seria possível suscitar novamente os princípios da solidariedade e da dignidade humana, já que o foco da proteção deve ser a pessoa, o ser humano, consumidor ou não, que se encontra em situação de desamparo estrutural. Estando ele nesta condição, independente da natureza da dívida, salvo as que nomearemos adiante como justificada sua exclusão pelos valores nelas embutidos, deverá receber o tratamento que restaure sua dignidade.

Em reforço à tese, ou mais pragmaticamente, como forma alternativa diante do provável rechaço doutrinário, poderia ser invocada a proteção para as situações de natureza existencial ou quando da ocorrência de contrato existencial, nos moldes apresentados por Antonio Junqueira de Azevedo, ao propor uma nova forma de classificação contratual, pautada na essencialidade e na sobrevivência.

Os contratos existenciais têm basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; estas estão visando a subsistência. Por equiparação, podemos incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são 'descartáveis' e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que as cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas.⁴³³

Através do referencial da essencialidade do objeto do contrato é possível sopesar interesses mais relevantes e estabelecer sua proteção de forma mais adequada, priorizando valores constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Ao fazer a explicação acerca dos contratos existenciais, Antonio Junqueira de Azevedo, efetuou sua contraposição aos contratos de lucro, que seriam aqueles levados a efeito entre empresas ou profissionais, e que, por conseguinte, a interferência judicial neste tipo de contrato seria prejudicial, a justificar a maior incidência da *pacta sunt servanda*, enquanto nos contratos existenciais, as cláusulas que prejudicassem o direito à

⁴³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 24, p. 304, v. 34, abr.-jun., 2008.

vida, habitação, saúde, etc., poderiam ser objeto de análise pelo juiz porque deveriam ser observadas as necessidades fundamentais da pessoa física.⁴³⁴

Quando da atualização do volume de Contratos de Orlando Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo também retoma a explicação informando que os contratos existenciais seriam os firmados entre pessoas não empresárias, ou entre um empresário e um não empresário, desde que não haja intuito de lucro, abarcando “todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana”.⁴³⁵ Assim, percebe-se que a doutrina já contempla a possibilidade de modificação do paradigma contratual, concebendo a existência de outros referenciais para a classificação dos contratos, que repercutiria na interpretação e na aplicação dos demais institutos existentes, a exemplo da revisão contratual.

A existência de interesses de natureza distinta foi analisada por Gustavo Tepedino, ao ponderar que o direito civil sofreu a migração de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição, fazendo com que a autonomia privada passasse a receber o influxo de valores de cunho existencial. E, de igual forma, tal transformação se operou em relação às demais figuras centrais do direito civil, a exemplo da propriedade, da empresa, da família, e das relações contratuais, que se funcionalizaram para se amoldar aos novos valores constitucionais, “em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada”. Reflexo disso é que as relações jurídicas patrimoniais não podem mais ser preponderantes em relação às situações jurídicas existenciais, posto que fundadas na pessoa humana, fazendo com que aquelas devam ser funcionalizadas às existenciais.⁴³⁶

Deve-se chamar atenção, contudo, que existem múltiplas formas de propor novas classificações contratuais, sem que haja consenso entre tais parâmetros, embora se note certa similitude entre as teorias, haja vista que buscam atenuar critérios que não levam em consideração a finalidade contratual, os sujeitos envolvidos e a funcionalização do contrato. Percebe-se, portanto, que as propostas sugeridas implicam na releitura da

⁴³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo, **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 24, p. 304-305, v. 34, abr.-jun., 2008.

⁴³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed., atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 231-232.

⁴³⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 6-32.

classificação dos bens, como forma de valorizar situações mais relevantes socialmente, e que demandem, por conseguinte, uma tutela diferenciada, em razão dos interesses envolvidos.

Neste sentido é o posicionamento de Gustavo Tepedino, ao propor a análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos envolvidos, enquadrando-os em relações patrimoniais e existenciais, por força da patente influência de Perlingieri sobre sua obra, entendendo tais relações como dicotômicas por desempenharem “funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas diferenciadas”. Daí, defender que ao invés de se aplicar a técnica da subsunção, deve-se “confrontar o fato com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta”.⁴³⁷

Entende ele, que a nova feição da autonomia influencia diretamente na questão da interpretação jurídica contratual, posto que há uma superação do critério de mera observância acerca dos elementos constitutivos e dos poderes atribuídos aos titulares de direitos, em virtude de que os limites da autonomia não são mais uniformes e abstratos (outrora limitados apenas pela ocorrência de eventual ilicitude), mas agora atrelados aos valores que lhes servem de fundamento (realização de interesses socialmente relevantes), causando a funcionalização dos institutos de direito civil.⁴³⁸

Assim, as relações jurídicas estruturadas para a proteção de interesses patrimoniais e individuais tornam-se vetores de interesses existenciais. Em última análise, o espaço de autonomia privada (a estrutura dos poderes conferidos para exercício de direitos dela decorrentes) é determinado pela função que desempenha na relação jurídica.⁴³⁹

A Ruy Rosado de Aguiar Júnior coube abordar a classificação sugerida pelo falecido professor Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo elaborado para um Simpósio efetuado em sua homenagem, onde se utiliza não só das lições do homenageado, mas também de Teresa Negreiros, debruçando-se sobre o prisma da essencialidade do bem objeto da relação jurídica, e, inclusive do critério apresentado por Jorge Mosset Iturraspe, que defende a utilização da expressão “bens vitais”, representados por aqueles bens cuja fruição depende a existência humana, como o alimento, o vestuário e a moradia.⁴⁴⁰

⁴³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. In http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/. Acesso em: 15 out. 2017.

⁴³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Volume 1 – Jul / Set 2014, p. 11-12.

⁴³⁹ Idem, p. 12.

⁴⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil – V. 45 jan./mar. 2011**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 101.

Necessário se faz registrar que Ruy Rosado de Aguiar Júnior adota posicionamento mais restrito em relação aos contratos existenciais comparado ao que foi concebido por Antonio Junqueira de Azevedo, posto que diversamente do criador da classificação, não os identifica necessariamente com toda e qualquer relação de consumo, por entender que existem contratos de consumo que não dizem respeito a bens ou serviços indispensáveis ao ser humano, não podendo, destarte, enquadrar-se naquela categoria.

Em contrapartida, nota-se sua aceitação à ideia de que o sujeito da relação existencial possa ser, excepcionalmente, uma pessoa jurídica sem finalidade lucrativa ou uma pessoa jurídica de pequeno porte, desde que, por meio dela, “seja vista a pessoa natural (a) para a qual existe a associação, ou (b) que atua no mercado por intermédio da pessoa jurídica”,⁴⁴¹ ou seja, quando a pessoa jurídica desta natureza se apresente como instrumento de concretização de interesses da pessoa física.

Ao longo do artigo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior tece críticas ao que ele entende com ausência de elementos metodológicos para a classificação contratual, contudo, aceita a existência dos contratos existenciais, traçando os efeitos decorrentes do seu reconhecimento, a exemplo do papel da boa-fé, notadamente quanto aos deveres de informação, da responsabilidade objetiva, quando a relação for regida pelo CDC, a possibilidade de revisão contratual, a busca pelo equilíbrio contratual, a proteção contra a lesão e a onerosidade excessiva, bem como a preservação contratual em detrimento da resolução do contrato, posto que pode ensejar prejuízo à sobrevivência do contratante (a exemplo dos contratos com empresas administradoras de planos de saúde), e a redução equitativa da multa, tudo isso, justificado pelo fato de que:⁴⁴²

O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é a de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.⁴⁴³

O caráter da essencialidade também é traço distintivo apresentado por Teresa Negreiros ao propor a modificação da classificação contratual, amparada na funcionalização dos bens objeto das relações negociais, em essenciais, úteis e supérfluos. Justifica tal classificação como meio de equacionar os princípios clássicos com os modernos em virtude da percepção de dois fatos: i) que a renovação da teoria contratual vem exigindo a especificação de tipos diferentes de contrato, e, ii) que o modelo de

⁴⁴¹ Idem, p. 102.

⁴⁴² Idem, p. 106.

⁴⁴³ Idem, p. 106.

contrato atual deve estar em consonância com os princípios estabelecidos na Constituição Federal, colaborando para a concretização dos objetivos nela consignados. Assim, segundo ela, importa observar o tipo de bem objeto da contratação para atribuir melhor tutela ao contrato que seja essencial ao contratante.⁴⁴⁴

Trata-se de tentativa de compatibilização adequada entre o princípio da solidariedade com a autonomia contratual, já que a ausência de balanceamento ente tais valores pode chegar ao extremo de suprimir um daqueles institutos, como adverte, Maria Celina Bodin de Moraes, ao ponderar que a excessiva imposição de solidariedade pode vir a anular a liberdade; enquanto esta, em excesso, torna-se incompatível com a solidariedade, daí a necessidade da ponderação para que seus conteúdos se complementem, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa.⁴⁴⁵

No tocante à hipótese de exclusão da dívida de natureza alimentar, concordamos com a previsão do Projeto de Lei e da doutrina, uma vez que, embora essa dívida possa levar o devedor até a prisão civil por inadimplemento, sua imposição deve ser marcada por uma exigibilidade mais severa em decorrência da proteção que se busca alcançar, em virtude dos valores a ela relacionados, notadamente a sobrevivência do credor de tal dívida.

Assim, eventual conflito entre a necessidade de manter a sobrevivência daquele que depende economicamente do seu devedor, ou que foi prejudicado pelo devedor (a exemplo dos casos de indenização por morte de ascendente da vítima ou de quem propiciava sua manutenção) e o reequilíbrio financeiro do devedor, deve-se pender em favor do primeiro, daí que acertada a exclusão do rol de hipóteses de proteção contra o superendividamento. Caso o devedor também esteja com sua sobrevivência ameaçada pelo pagamento da dívida alimentar deverá manejar as medidas judiciais já previstas no ordenamento a fim de revisar o débito, não podendo se socorrer, contudo, do eventual parcelamento que se dê para as dívidas tragadas pelo procedimento do superendividamento.

A dívida alimentar, por sua singular natureza, pela sua premência, impede que haja tratamento privilegiado ao devedor, posto que comprometeria a sobrevivência

⁴⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 29-31.

⁴⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências, In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago.-dez. 1999, p. 109.

do credor, frustrando sua finalidade, razão pela qual não deve, por justa motivação, ser fracionada para cumprimento. Trata-se, pois, de uma hipótese em que os interesses colidentes têm, em tese, a mesma dimensão, porém, a razoabilidade penderá em favor de credor alimentar pela pressuposição de sua fragilidade em relação ao devedor.

Não se pode olvidar, ainda, que a previsão assentada pela Súmula 309 do STJ, a qual prevê que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”, limitaria a urgência e relevância do débito àquelas três parcelas, que devem ter tratamento prioritário para pagamento, não se compatibilizando com a ideia de um fracionamento, especialmente porque a experiência judiciária evidencia que, em significativa parte das vezes, o valor dos alimentos sequer cobre as despesas necessárias do alimentando.

Em seguida, aparecem como excluídas do cômputo geral para efeito de incidência legal, as dívidas fiscais e as parafiscais, o que não vislumbramos como correto, dentro da sistemática legal e pelos valores envolvidos no tema deste trabalho. Ainda que se justifique a existência desses créditos como mecanismos de arrecadação estatal,⁴⁴⁶ propiciando a aquisição de capital suficiente para a realização das suas atividades, não se justifica o impedimento de que as dívidas fiscais ou parafiscais sejam excluídas de eventual parcelamento fomentado pelo Projeto de Lei em análise.

A justificativa da presente proposta assenta-se em algumas premissas. A primeira delas ampara-se na ideia de que o processo de modificação do papel do Estado, através do qual abandonou seu “absenteísmo na esfera econômica”,⁴⁴⁷ para exercer o papel de protagonista ainda que em um regime assumidamente capitalista, nas palavras de Daniel Sarmento, fez com que novas obrigações fossem assumidas para o alcance dos objetivos estruturalmente propostos para essa nova realidade.

Ora, a partir do momento em que a nova feição do Estado passa a ser direcionada para a promoção do bem de todos e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, incisos I e IV, CF/88), tais objetivos precisam ser dotados de instrumentos capazes de tornar viável na prática a precisão constitucional, não podendo ficar apenas no plano do idealizado. Nesse sentido, Daniel Sarmento afirma que:

⁴⁴⁶ Em virtude do escopo deste trabalho, não há espaço para maiores discussões acerca da natureza jurídica, características e singularidades destes tipos de dívidas.

⁴⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34-35.

O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica de igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa a condição de agente promotor destes direitos.⁴⁴⁸

Sendo a Administração Pública credora das verbas fiscais, ou os entes a quem se delegou a cobrança das dívidas parafiscais, destinatários das verbas auferidas, têm eles um maior compromisso com a concretização das finalidades constitucionais estabelecidas, devendo ser mitigada a cobrança efetuada à pessoa física superendividada para que possa recompor seu status de dignidade perdida com tal situação.

Necessário superar, de logo, a alegação de que a eventual remissão da dívida fiscal ou sua redução, poderia afetar a capacidade arrecadatória do Poder Público, comprometendo, por conseguinte, a sociedade como um todo, posto que dificultaria a realização dos projetos estatais. Primeiro, porque a remissão ou a redução não são obrigatórias, podendo haver apenas o repactuação da dívida, diante da previsão legal a ser eventualmente implementada pelo Projeto de Lei nº 3.515/2015, constante do § 4º do artigo 104-A, assim redigido:

Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

Percebe-se, portanto, que a fase inicial do procedimento prevê a apresentação de um plano de pagamento por parte do devedor, a fim de ser analisado pelos credores, na audiência de conciliação. Tendo sido prevista a preservação das garantias e das formas de pagamento que foram estabelecidas originariamente, imagina-se que, em tese, não poderia ser proposta a redução da dívida contraída, uma vez que a dilação do prazo em até cinco anos para pagamento dos compromissos implicaria a impossibilidade de redução da dívida originária.

Entendemos que esta linha de pensamento não deve ser adotada, até porque, em certas situações, a dívida inicial pode estar eivada de algum vício de consentimento ou nascer sem ter obedecido os deveres gerais de conduta, a exemplo do dever de

⁴⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35-36.

informação ou de aconselhamento, tendo levado o devedor, por conseguinte, a contratar sem a exata consciência dos impactos econômicos do contrato firmado.

Assim, sendo facultativa a aceitação do plano de pagamento, não há óbice para a redução dos valores originários, uma vez que se trata de direito disponível, notadamente nas situações críticas, em que os rendimentos do devedor, mesmo com todo o prazo concedido, provavelmente não serão suficientes para cumprir o ajuste sem uma grande margem de sacrifício, o que ensejaria uma pequena probabilidade de êxito, notadamente diante de toda a série de intempéries que podem ocorrer no transcurso do lapso temporal previsto para a quitação das dívidas.

Em todo o caso, a Administração Pública não estaria obrigada a acatar eventual proposta de redução ou perdão da dívida, até porque, frustrada a conciliação amigável, ter-se-ia a adoção de um plano judicial compulsório, que seria também objeto de verificação pelos credores, agora em sede de contestação, assegurando-se “no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço”, como prevê o § 4º do artigo 104-B, não causando, portanto, qualquer prejuízo ao valor originariamente devido.

Assim é a redação do § 4º do artigo 104-B, in verbis:

§ 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

Retomando a questão da eventual remissão ou redução da dívida fiscal, pode-se ponderar ainda que estas podem ser afastadas pelo emprego da teoria do patrimônio mínimo, não só nos casos em que se aplica diretamente o artigo 1º da Lei 8009/90, bem como pela efetivação do princípio da solidariedade social.

No que concerne ao primeiro aspecto, percebe-se que a instituição do bem de família legal, através da Lei 8.009/90, pode ser entendida como um desdobramento da teoria do patrimônio mínimo, possibilitando o estabelecimento de uma proteção para um dos bens mais essenciais ao ser humano; sua moradia.

A criação da Lei nº 8.009/90, após a promulgação da chamada Constituição cidadã, deriva da necessidade de se efetivar os objetivos constitucionais então propostos, diante de uma realidade pouco promissora para sua aplicação, a exemplo da questão da perda de moradia por dívidas, o que se tornava potencialmente preocupante naquele

momento, em virtude da crise econômica acentuada da década de 80; época célebre por seus sucessivos e malfadados planos econômicos que tentaram debelar a inflação galopante.

Para que se tenha ideia do colapso econômico vivido à época, basta que se recorde que, desde 1981, o Brasil teve seis moedas diferentes, e que, em março de 1990, a inflação alcançou seu marco histórico chegando a 84,3%, no Governo do presidente José Sarney, quando foram editados os Planos Cruzado, Cruzado II, Bresser e Verão. Reportagens daquele período informam que ao final da década de 80, a inflação acumulada no país foi de 36.850.000%, como apontou texto de O Estado de São Paulo.

Percebeu o legislador que, não obstante a previsão legal acerca da instituição do bem de família convencional, regulamentada nos artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, tais dispositivos não eram suficientes para impedir a perda dos lares, em decorrência dos nefastos efeitos da inflação descontrolada, até pelo próprio desconhecimento generalizado da população acerca daquele instituto, de caráter convencional, que, em dispositivo de conceito impreciso previa que o exercício daquele direito estava condicionado ao fato de os instituidores, no ato da instituição, não tivessem dívidas, cujo pagamento pudesse por ele ser prejudicado (art. 71, CC/1916).

Assim, foi necessária a criação de uma lei que estabelecesse a proteção moradia, ainda que ela só tenha sido explicitamente reconhecida como um direito social através da Emenda Constitucional nº 26 (14/02/2000), posto que a percepção do sentimento de identificação do indivíduo com seu contorno social, em condições mínimas de sobrevivência em seu próprio teto, locus apriorístico de manifestação de sua individualidade, carecia de mecanismo garantidor adequado, diante da pequena aplicabilidade das normas previstas no CC/16 quanto ao tema.

Ainda que se possa fazer objeção ao argumento ora proposto, em virtude de tanto o CC/16, quanto à lei em comento (8.009/90), e o Código Civil vigente fazerem expressa referência a não oponibilidade do seu conteúdo no tocante às dívidas oriundas do próprio prédio/imóvel (art. 70, CC/16, art. 3º, IV, Lei 8.009/90, e art. 1.715, respectivamente), não há impedimento à defesa quanto à dívida fiscal, excetuada explicitamente no art. 1º da Lei 8.009/90. Entendemos, ainda, que, mesmo em se tratando de dívidas derivadas do imóvel, estas poderiam compor o quadro de obrigações contidas no plano de pagamento, posto que, só assim, em muitas situações seria possível

concretizar o ideal de proteção à dignidade humana que permeia a proteção ao imóvel residencial.⁴⁴⁹

Entre as indagações que servem de fundamento de apoio à insurgência contra o dispositivo legal podem ser citadas as seguintes: como proteger a dignidade da pessoa humana sem que assegure a residência do devedor superendividado? Como justificar a possibilidade de parcelamento de uma dívida eventualmente derivada da aquisição de um bem supérfluo em detrimento da dívida junto ao Município oriunda do IPTU? Diante da débil situação econômica do indivíduo superendividado, as dívidas fiscais deverão ser tidas como de maior prioridade? Justificam-se as exceções legais previstas diante dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária?

Ao que nos parece, estas exceções legais podem ser reputadas como razoáveis e proporcionais dentro de um novo paradigma que reconhece o indivíduo da sociedade pós-moderna, assolado pelas técnicas de indução ao consumo, especialmente em um país com carência de oferta adequada de direitos sociais básicos como educação e saúde, os quais comprometem grande parte do orçamento de parcela significativa da população.

Ademais, não se pode olvidar que o pagamento ainda que em valor menor que o devido à Fazenda poderia representar vantagem para ela, diante dos custos de se promover uma demanda judicial, tanto é que a Portaria nº 75 de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, previu o seguinte

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

449 Vale informar que o TJRS tem decisão no sentido que, até a própria exceção contida no inciso IV do art. 3º da Lei 8.009/90, seria insubsistente diante do art. 6º da CF/1988: Colhe-se do acórdão: “O tema referente às exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família ganhou relevante dimensão a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ao dar nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal incluiu a moradia como direito social. E não foi por mero capricho que o constituinte derivado elevou o direito à moradia à categoria de direito fundamental social, instrumentando constitucionalmente a impenhorabilidade do imóvel residencial. A exemplo da norma inscrita no artigo 5º, inciso XXVI da Constituição, que impede a penhora da pequena propriedade rural, teve em mira a proteção do indivíduo e sua família, em ordem de garantir um mínimo de dignidade que significa, como sempre significou, o “domus”, o lugar, o lar, a moradia, o endereço, o espaço que vive e pode viver, tudo como expressão da cidadania; também a necessidade básica da pessoa e o sonho de todos e de cada um. E na medida em que assegura a proteção desse patrimônio mínimo, tornando-o intangível, também dá efetividade ao princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República (CF- art. 1º, III). Impõe-se, por tudo isso, dar consequência e concretude ao que proclama a Constituição, razão por que insubsistente a ressalva do inciso IV do art. 3º da lei nº 8.009/90”. Apelo parcialmente provido. Unânime. (Ap Cível Nº 70029538428, 21 Câ. Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 20/05/2009).

Ora, se a União permite a não inscrição na dívida ativa e dispensa a propositura de demandas por conta da pequena probabilidade de êxito na demanda, melhor para ela seria a composição fracionada do seu crédito a nada receber, o que serve, por igual fundamento, para os demais entes públicos estaduais e municipais.

Por fim, cabe apontar o entendimento que não andou bem o legislador ao prever a exclusão das dívidas decorrentes de contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural. Vários podem ser os argumentos esgrimidos contra esse dispositivo e que passaremos agora a enunciar.

O primeiro deles se verifica pela incoerência de excluir do objeto da negociação, dívidas que podem ser caracterizadas como de consumo, a depender da teoria que for aplicada para identificação do conceito de consumidor. E, mesmo que não se ingresse na discussão de aplicação das teorias maximalista, finalista ou finalista mitigada, parece-nos ainda mais indevida a exclusão dos financiamentos imobiliários, uma vez que estes têm nítido caráter existencial, quando efetuados para a aquisição da casa própria, materializando a previsão constitucional do direito à moradia (art. 6º CF/88).

Ainda que se conceba a longevidade dos prazos existentes nos financiamentos imobiliários, alguns chegando até a trinta anos, há de se apontar que justamente a catividade neles existente seja elemento fundamental para esperar uma postura colaborativa em sua execução, posto que a simples opção de inclusão de dívidas no montante do saldo devedor residual a ser quitado no fim dos contratos, revelou-se na experiência judiciária, um problema insolúvel para o mutuário, posto que, muitas vezes, este valor superava em muito o valor do bem que fomentou o mútuo.

Outra questão que não se pode deixar de apontar é a clara violação aos princípios do CDC através da previsão contida na parte final do § 1º do art. 104-A. Na verdade, há uma incongruência no dispositivo, pois se o Projeto de Lei nº 3.515/2015 se propõe a atualizar o diploma consumerista, através da inserção do tratamento contra o superendividamento, deve necessariamente ter coerência com o todo do ordenamento e, mais ainda, com seu próprio texto legal, pois se o Projeto expressamente direciona a proteção jurídica ao superendividado, especificando que tal tratamento só será destinado às dívidas de consumo, como excepcionar dívidas de mesma natureza?

A outra crítica que se faz a tal parte do dispositivo é a violação a direito fundamental, posto que se a própria norma contempla a proteção ao consumidor superendividado, embora entendamos que ela possa ter outros destinatários, como permitir a vigência de uma esdrúxula cláusula que deveria ser impedida para que não

ocorra o retrocesso social ao excluir uma dívida de consumo da proteção ao superendividado? Não há qualquer dúvida que o Estado não pode estabelecer uma regra capciosa que, sob a alegação de reforço do sistema consumerista, ao mesmo tempo contempla norma contraposta aos fundamentos do CDC, violando, portanto, também o seu dever de não efetuar ingerência indevida em direito fundamental social.

Cabe registrar que um outro fato que pode ser apontado acerca do malfadado dispositivo em comento é a exclusão da dívida pelo fato dela possuir garantia real. Ora, o estabelecimento de tal tipo de garantia não transforma a dívida em algo intocável, nem a transporta para um nível hierárquico superior a qualquer norma, salvo estabelecendo um critério de preferência no pagamento quando do concurso de credores, mas não a torna imune aos ditames constitucionais da solidariedade e da dignidade humana.

Assim, entendemos que todas as três hipóteses contidas na parte final do § 1º do art. 104-A do Projeto de Lei nº 3.515/2015, além das situações das dívidas fiscais e parafiscais, devem ser repelidas por inconstitucionais, em virtude de afrontarem o princípio da solidariedade social, o direito fundamental social em que o direito do consumidor se encontra, da mesma forma que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de tudo o que foi concebido e aventado como questões correlatas à ampliação do sujeito e do objeto da tutela contra o superendividamento e para as demais abordagens sobre o tema, entendemos possível conceber a utilização dos mecanismos relativos ao superendividamento, em todas as hipóteses de endividamento extremo do devedor pessoa física e de boa-fé, seja a relação de consumo ou cível, ou ao menos para aquelas de natureza existencial no tocante às dívidas cíveis, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas que permite a aplicação conjunta dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, em busca da proteção do mínimo existencial.

Portanto, para que possamos identificar adequadamente a proposta ora formulada, superendividamento é uma situação fática, com efeitos jurídicos, em que se verifica a impossibilidade estrutural e contínua de o devedor pessoa física, de boa-fé, pagar as dívidas atuais e futuras, de qualquer natureza, excluídas as dívidas oriundas de atos ilícitos e de alimentos, sem comprometer seu mínimo existencial, assegurando-se a possibilidade de propor a extinção das dívidas para recomposição de sua dignidade.

5 CONCLUSÃO

O contrato, como hodiernamente, concebido, fruto do desenvolvimento da técnica jurídica, encontrou lastro para sua consolidação e crescimento em um ambiente propício, em virtude da existência de um leque de condições históricas, sociais, culturais, políticas e, essencialmente econômicas.

A modificação do panorama europeu, com a redução das invasões de povos chamados de bárbaros e a formação do excedente agrícola, fomentou as trocas nas feiras, desenvolvendo os núcleos urbanos, e permitindo o surgimento de uma burguesia comerciante, que se viu travada diante dos tributos cobrados pelos senhores feudais. A necessidade de desenvolvimento das atividades mercantis fez com que houvesse uma demanda de assunção de poder político por parte da burguesia, a fim de consolidar o poder econômico por ela já detido.

Ao lado disso, toda uma conjuntura cultural colocava em cheque a estrutura da monarquia, notadamente na França, onde eclodiu a Revolução, em 1789, tendo como pano de fundo as demandas burguesas de expansão, o que se concretiza com a queda do regime. A adoção de uma nova tríade de valores; igualdade, liberdade e fraternidade foi o mote para a edificação de uma nova sociedade que buscava romper os referenciais do sistema feudal outrora vigente.

Este quadro promove o surgimento do Estado Liberal, fruto das aspirações burguesas de não interferência estatal em sua atividade econômica, cabendo ao Poder Público o papel de exercer a gestão da sociedade, limitando-se a funções atreladas ao incipiente direito público, sem qualquer ingerência em matéria privada pelo dogma da liberdade. O contrato, então, encontra campo fértil para seu desenvolvimento pautado na ideologia liberal burguesa que fez dele um instrumento de garantia de seus investimentos, já que o contrato é a representação jurídica das atividades desempenhadas pelos comerciantes, dando-lhe caráter de intangibilidade, salvo em situações excepcionais de afronta à lei ou aos costumes.

Atribuído um caráter quase sagrado ao contrato, em virtude de toda a construção jurídica que tornava obrigatório o seu cumprimento independentemente dos prejuízos que poderia causar à contraparte, posto que os princípios a ele associados defendiam sua manutenção, o contrato se fez instrumento de manutenção do status quo e

ferramenta de opressão por parte da classe dominante, por ter a possibilidade de estabelecer quase que unilateralmente o conteúdo da avença.

Assim, desenvolvem-se os chamados princípios clássicos do contrato, representados pela autonomia da vontade, sua força obrigatória, e a eficácia relativa dos seus efeitos. A estrutura social que estava em seu entorno, manteve as concepções estabelecidas para este negócio jurídico fazendo com que a vontade, elemento máximo da representação da liberdade, não pudesse ser abalada, posto que o contrato derivava dessa hipotética liberdade e igualdade entre as pessoas, o que não se refletia no plano contratual, campo de manifestação dos interesses egoísticos da classe dominante.

Paulatinamente, a sociedade sentiu a necessidade de modificar este quadro de abuso perpetuado pelo poderio econômico, notadamente em virtude das demandas sociais que eclodiram na Europa, modificando gradualmente a feição do Estado, que premido pelas crises e pelas circunstâncias históricas das grandes guerras, altera seu compromisso com a sociedade, passando paulatinamente a se imiscuir em matéria privada, fazendo surgir o dirigismo contratual.

Atualmente, em decorrência de um longo processo de maturação do Direito Civil, associado ao papel que a Constituição assumiu, notadamente após a 2ª Guerra Mundial, comprometendo-se com uma pauta de valores associados à dignidade, outros princípios são apontados como participantes da teoria contratual. Assim, passaram a incidir seus efeitos sobre os contratos, os princípios atinentes à boa-fé objetiva, à função social e ao equilíbrio material.

Percebe-se que, não obstante o não desaparecimento dos princípios clássicos, estes foram relidos à luz dos novos princípios e do chamado processo de constitucionalização do Direito Civil, através do qual os institutos tradicionais do direito privado, a exemplo da família e da propriedade, além do próprio contrato, tiveram suas feições modificadas sensivelmente para conformação do seu conteúdo aos compromissos assumidos através da Constituição.

Percebe-se, portanto, que o contrato muda sua concepção, embora isto não signifique que tenhamos chegado a um estágio ideal nas relações obrigacionais, posto que há, ainda, um longo caminho a percorrer para a sedimentação destes não tão novos valores na interpretação e execução contratuais. Com efeito, necessário entender que a dinâmica contratual não se esgota na simples previsão do conteúdo do contrato como se fosse um fenômeno estático, mas, essencialmente, na dinâmica, na ideia da obrigação como um

processo, demandando das partes uma postura essencialmente cuidadosa, colaborativa, ou, em outras palavras, solidária.

Este é um dos marcos balizadores deste trabalho, que buscou a análise da possibilidade de o princípio da solidariedade ter força jurídica capaz de ampliar o conceito do superendividamento como defendido pela doutrina pátria e na forma prevista pelo Projeto de Lei nº 3.525/2015 que versa sobre a matéria. Para tanto precisou passar em revista a teoria geral dos contratos, uma vez que os contratos são a maior fonte causadora daquele problema, para demonstrar as alterações retro comentadas, e perceber que há margem para a concretização dos valores constitucionais, por meio dos novos princípios e seus deveres de colaboração, bastando, contudo, maior alteridade para a concretização destes ideais.

Em seguida, foi necessário analisar os fenômenos do hiperconsumo e do superendividamento, para observar que apesar de encontrarem pontos de conexão entre eles, não são figuras idênticas. Verificou-se que o hiperconsumo é uma característica, quase um retrato da sociedade capitalista, incentivadora da contínua aquisição de bens e serviços como forma de realização pessoal, ainda que ilusória e fugaz, em ritmo frenético, em busca de uma nova sensação numa espiral infinita, que pode levar ao endividamento extremado. Por sua vez, o superendividamento é a situação em que nível de dívidas se torna tão alto para suas condições que compromete a capacidade da pessoa quitar suas dívidas, colocando em risco sua sobrevivência e frustrando um projeto digno de vida.

Na discussão sobre o superendividamento demonstrou-se que a inexistência de mecanismos processuais de tutela ao devedor superendividado prejudica a proteção da sua dignidade, uma vez que os princípios tradicionais de resolução contratual possuem paradigmas que não são necessariamente adaptáveis ao superendividamento.

Concluiu-se, também, que a autonomia tendo mudado substancialmente sua concepção, deixou de ser elemento representativo de uma liberdade extremada (autonomia da vontade) para ser funcionalizada e se adequar aos parâmetros constitucionais (autonomia privada). Também se observou que, embora a solidariedade não tenha em regra, o condão de afastar a autonomia como um todo, pode a autonomia ser mitigada para alcance dos objetivos constitucionais.

Por fim, abordou-se a questão da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, entendendo como pertinente a aplicação direta, como forma de concretizar os objetivos constitucionais, notadamente pela percepção que existem centros de poder nas relações privadas, que devem ser coibidos se afrontarem os

direitos fundamentais. Ao longo dessa discussão, assentou-se o posicionamento que os direitos do consumidor, apesar de não constarem expressamente no rol dos direitos fundamentais deveriam ser tidos como tais, na espécie de direitos sociais, reclamando atuação do Estado para implementação dos objetivos constitucionais pautados na solidariedade e na dignidade humana, tanto adotando condutas (prestações) quanto evitando a violação destes direitos (obrigações negativas).

Em seguida, constatou-se que o princípio da solidariedade tem eficácia jurídica, não obstante ser considerado como norma programática, razão pela qual foi necessária uma incursão no campo do direito constitucional para verificar o pensamento doutrinário atual que atribui força normativa a estas normas. Ao lado disso, buscou-se a identificação do princípio da solidariedade com as situações subjetivas, verificando que ela pode ensejar exigibilidade de condutas por se tratar de conteúdo atrelado às situações existenciais, que demandam tutela diferenciada das relações patrimoniais, em decorrência do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Em busca da comprovação da força jurídica do princípio da solidariedade e dos seus efeitos práticos, verificou-se que ele tem nítida conexão com o mínimo existencial, posto que a proteção a este núcleo essencial à dignidade, deriva de uma perspectiva de solidariedade na relação, impedindo a coisificação do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas de sobrevivência.

Como foi sugerida a ampliação do conceito de superendividamento, foi abordado o papel da solidariedade como instrumento da dignidade da pessoa humana, constatando-se que se a proteção ao mínimo existencial busca a proteção à pessoa, não deve haver uma interpretação que restrinja a proteção ao devedor superendividado, caso sua dívida não tenha se originado de uma relação de consumo.

Por fim, foi proposto um novo conceito para o superendividamento, não só quanto ao sujeito, mas também no tocante ao objeto. Tal conclusão foi fruto da percepção tida no sentido de que tanto a doutrina quanto o Projeto de Lei 3.515/2015 não tratam adequadamente do problema. Neste sentido, a tese defendeu a ampliação do sujeito que pode ser protegido contra o superendividamento, entendendo que não apenas o devedor consumidor, mas também qualquer pessoa física que tenha ingressado em quadro de endividamento extremo, se sua situação não encontrar óbice nos demais requisitos, relacionados à impossibilidade de cômputo das dívidas oriundas de atos ilícitos e de alimentos.

Assim, sugerimos para a ampliação do conceito o seguinte: superendividamento é uma situação fática, com efeitos jurídicos, em que se verifica a impossibilidade estrutural e contínua de o devedor pessoa física, de boa-fé, pagar as dívidas atuais e futuras, de qualquer natureza, excluídas as dívidas oriundas de atos ilícitos e de alimentos, sem comprometer seu mínimo existencial, assegurando-se a possibilidade de propor a extinção das dívidas para recomposição de sua dignidade.

Embora não tenhamos a pretensão de esgotar o tema, diante de toda a gama de elementos que o circundam e das muitas indagações que sempre surgirão acerca de um assunto tão presente em nossa sociedade, fica aqui a convicção de que as ponderações e conclusões aqui obtidas representam o máximo que pudemos discorrer ao analisar o problema que nos propusemos a dialogar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 20-26, abr./jun. 1995.

_____. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil – V. 45 jan./mar. 2011**. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/58027792/Robert-Alexy-Direitos-Fundamentais-Balance-Amen-To-e-Racionalidade>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2. reimp., 2014.

ALMEIDA, Isadora Heberle. Interdição por prodigalidade: proteção ao patrimônio ou cerceamento à liberdade? Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/isadora_almeida>. Acesso em: 25 dez. 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

_____. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: Teoria Geral**. Volume III: Relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo, **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 24, p. 304, v. 34, abr.-jun., 2008.

_____. O Direito pós-moderno e a codificação, in **Revista Direito do Consumidor**, vol. 33, 2000.

_____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANCO DE SAÚDE. **CID 10 F 63.8 – Outros transtornos dos hábitos e dos impulsos. Classificação Internacional de Doenças.** [s.l.]. Disponível em: <<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f638/outras-transtornos-dos-habitos-e-dos-impulsos>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

BARROS, Thiago de Sousa; OLIVEIRA Pinto, Felício. Crédito, consumo e endividamento: Uma Análise Econômica do Segundo Governo Lula (2007-2010). Disponível em: <<http://www.revistaespacios.com/a14v35n05/14350408.html>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 01 out. 2017

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BBC- Brasil. O que é a 'contabilidade mental' pela qual Nobel de Economia explica como nossos gastos são irracionais. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41583714>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Vol. I, LZN, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Campinas: Red Livros, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, nº 64, out./dez, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 811,22 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7267>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coord. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010

BRAUDILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70 Lda., 2008.

BREI, Vinícius Andrade; ROSSI, Carlos Alberto Vargas; EVRARD, Yves. As necessidades e os desejos na formação discursiva do marketing: base consistente ou retórica legitimadora? **Cad. EBAPE.BR**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 01-21, Dec. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 02 out. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 238-239.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 184.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Lucas. Um novo processo contra a Apple exige US\$ 1 trilhão por iPhones lentos. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/novo-processo-contra-a-apple-exige-us-1-trilhao-por-iphones-lentos/73153?utm_campaign=notificacao&utm_source=notificacao>. Acesso em: 27 dez. 2017.

CASADO, Marcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. **Revista Direito do Consumidor**, nº 33. São Paulo: RT, 2000.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 30 quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 11 dez. 2017.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI Filho. Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Perfil do superendividado: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Lineamentos Acerca da Interpretação do Negócio Jurídico: Perspectivas para a Utilização da Boa-Fé Objetiva como Método Hermenêutico. **DVD Magister**, ed 28, out-nov 2009.

_____. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, vol. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHINI, Alexandre; CARVALHO Diógenes Farias de. O fenômeno do superendividamento - uma resposta ao desamparo na sociedade moderna. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. IV**, n. 15, Setembro 2014.

Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium. The over-indebtedness of european households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. Final Report Part 1: Synthesis of findings, p. 92-93. Disponível em: <https://www.mabs.ie/downloads/reports_submissions/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017

Classe C já compra mais eletros que AB. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me1512201003.htm>>. Acesso em: 01 set. 2017. FHC melhorou serviços, Lula distribuiu renda. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/economia/117659/FHC-melhorou-servi%C3%A7os-Lula-distribuiu-renda.htm>>. Acesso em: 01 set. 2017.

Constituição portuguesa: Art. 18º Força Jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do Direito Civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Disponível em: <<https://www.academia.edu/593986/>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 23 fev. 2004

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CRUZ, Daniel Nery da. A sociedade do hiperconsumo - uma leitura sobre o individualismo contemporâneo na visão de Gilles Lipovetsky. **Revista Filosofia Capital** – RFC, ISSN 1982-6613, Brasília, vol. 8, n. 15. jan/2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed., revista, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DAL BO, Giancarlo; MILAN, Gabriel Sperandio; DE TONI, Deonir. O endosso por celebridade e a gestão da imagem da marca: evidências empíricas a partir do estudo da marca Ipanema Gisele Bündchen. **REAd. Rev. eletrôn. adm. (Porto Alegre)**, Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 681-717, Dec. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**, volume 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1; Teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**, tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 557, mai./ago. 2013.

_____. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 08 out. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. RIDB, Ano 1 (2012), nº 1 –185-243. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba. a. 27, n. 27, 1992/93. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978/6284>. Acesso em: 25 dez. 2017.

_____. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Diálogos sobre direito civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

FALCÃO, Rebeca de Queiroga. O superendividamento do consumidor: a necessidade de um tratamento legislativo no Brasil. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/5178>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Psicologia Econômica: origens, modelos, propostas*. 2007. Tese. Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, PUC. São Paulo, p. 07. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17173>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. O princípio da soberania da vontade no direito privado: perspectiva histórica, política, econômica, jurídica e filosófica. **Revista Direito e Liberdade - ESMARN – Mossoró – v. 2, n. 1**, p. 33 – 50 – jan/jun 2006.

FIUZA, César. **Direito Civil** (livro eletrônico): curso completo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FONTENELLE, Isleide Arruda. Psicologia e marketing: da parceria à crítica. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 143-157, jun. 2008. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento. A outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FRY, Richard. Millennials overtake Baby Boomers as America's largest generation. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/04/25/millennials-overtake-baby-boomers/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

GAINO, Luciano S. Fatores da produtividade japonesa. **Rev. adm. empres.** São Paulo, v. 24, n. 2, p. 41-42, Junho 1984. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 747, 1998.

GOEDERT Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012.

GOMES, Orlando. A força renovadora do Direito, p. 42. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7150/5101>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. A função do contrato. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Contratos**. 26 ed., atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Sérgio Campos. Cultura e Sociedade de Consumo: um olhar em retrospecto. **Revista do Núcleo de Produção Científica em Comunicação – UNAERP** (Ribeirão Preto), v. 5, 2008.

GUIMARÃES, Bruno Alberto Soares; SILVA, Suame Pereira. Os reflexos da crise político-econômica brasileira no âmbito familiar. Disponível em: <<http://www.oabma.org.br/agora/artigo/os-reflexos-da-crise-politico-economica-brasileira-no-ambito-familiar-161>>. Acesso em: 07 set. 2017.

HESSE, Konrad Hesse. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Hironaka-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2017.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era das revoluções: Europa 1789-1848**. 21. ed. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **Da Revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução de Donaldson Magalhães Gerschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica? **Revista de Direito Privado**, RDPriv, v. 4, n. 16, p. 160, out./dez. 2003.

_____. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22538/principio_funcao_social_contrato.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

Inadimplência atinge 20,4% das famílias paulistanas em novembro, o maior nível desde maio de 2012. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/inadimplencia-atinge-20-4-das-familias-paulistanas-em-novembro-o-maior-nivel-desde-maio-de-2012-1>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratación (informe del derecho argentino). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n° 44, out-dez 2002.

JOBIM, Marco Félix. Da Noção à Teoria do Abuso de Direito. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 8, n° 794, 01 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/63-artigos-jul-2008/6007-da-nocao-a-teoria-do-abuso-de-direito>>. Acesso em: 01 dez. 2017

KANT, Emmanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, Lda., 2007.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Privado**, v. 13, n. 49, p. 147-185, jan./mar. 2012.

LIMA, Ana Letícia. Crise faz número de ações trabalhistas subir 13% no TRT-15 em 2 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2017/03/crise-faz-numero-de-acoes-trabalhistas-aumentar-13-no-trt-15-em-2-anos.html>>. Acesso em: 07 set. 2017.

LIMA, Clarissa Costa De. **O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise; CISNEROS, Rafael Percovich. Superendividamento: o mal da pós-modernidade. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo** - Vol. IV, n. 15, Setembro 2014

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6903>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Do contrato no Estado social**. Recife: UFPE (Dissertação de Mestrado), 1981.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento. In: In: MARQUES, Claudia Lima; Miragem, BRUNO (org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2011.

LUPION, Bruno. Como o Brasil saiu do Mapa da Fome. E por que ele pode voltar. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/23/Como-o->>

Brasil-saiu-do-Mapa-da-Fome.-E-por-que-ele-pode-voltar>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 18, Revista dos Tribunais.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev, atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 326-338.

_____. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Direito do Consumidor 45**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. 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. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. 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 ESMESE**, nº 07, 2004, p 43. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017

MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina. Regular o sobreendividamento. Disponível em: <<http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MAXIMIANO, Antônio Carlos Amaru. **Teoria Geral da Administração** – da escola científica à competitividade na economia globalizada. 2. ed., São Paulo: Atlas. 2000.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências, In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago.-dez. 1999.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª tiragem, 2007.

_____. O princípio da solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Risco solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, ano 95, volume 854, dez 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, parte geral – vol. 1 / Paulo Nader – 10.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 85.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Autonomia privada na legalidade constitucional. In NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord.). **Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual**. Vol. 2. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2 ed. rev e atual., 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**, volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 326 (dez. 2004). Porto Alegre: Nota Dez.

NUNES, A. J. Avelãs. Disponível em: <https://direitopoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/aventuras-e-desventuras-do-estado-social.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

PAISANT, Gilles. Buena fé, crédito y sobreendeudamiento - el caso francés. **Revista de Direito do Consumidor 2015, RDC 10**, MELLADO, María Herrera. Nuevas políticas de protección del consumidor financiero: análisis de la reforma financiera y las novedades en la supervisión bancaria en el derecho comparado. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. V, n. 20, dezembro 2015**.

_____. Buena fé, crédito y sobreendeudamiento: el caso francés. **Revista de Direito do Consumidor**, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos**: Teoria Geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARAGUASSU, Lizandra. Brasil reduz a pobreza extrema em 75% entre 2001 e 2012, diz FAO. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-reduz-a-pobreza-extrema-em-75-entre-2001-e-2012-diz-fao,1560931>>. Acesso em: 01 set. 2017.

PAULA, Luiz Fernando de e FERRARI FILHO, Fernando. Desdobramentos da crise financeira internacional. **Rev. Econ. Polit., São Paulo, v. 31, n. 2, p. 315-335**, June 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000200009>. Acesso em: 07 set. 2017.

PELLEGRINO, Fabiana Andreia de Almeida Oliveira **Tutela jurídica do superendividamento**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Millenium, 2004.

_____. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc>. Acesso em: 01 dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Contratos e responsabilidade civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. A boa-fé no direito: o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro - **Síntese Trabalhista nº 103** - jan/1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos**. O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos fundamentais sociais**. CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord). São Paulo: Saraiva, 2010.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva: 2014.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3 ed., anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Porto: Almedina, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas a perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. **Revista Ideia Nova, Ano 02, nº 2**, jan./jul 2004, UFPE, ISSN 1679-2440, p. 111. Disponível em: <<https://www.academia.edu/8890642/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno**. Campinas: Red Livros, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina. 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Vol. I. Tradução da 6.^a edição italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANT'ANA, Maurício Requião. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Tese (Doutorado). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maurício%20Requião.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

SATO, Eiiti. Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI. **Rev. bras. polít. int.** Brasília, v. 46, n. 2, Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In: **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 71, jul./set. 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Volume 10 – Out /Dez 2016.

SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370#_ftn16>. Acesso em: 13 dez. 2017.

SIMON, Silvana Aline Soares. De Bretton Woods ao Plano Marshall: A política externa norte-americana em relação à Europa (1944-1952), p. 35-36. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/viewFile/196/171>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SOUZA, Marcos Sampaio de. O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro. Dissertação de mestrado, p. 206. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

SOUZA, Nali de Jesus de. **Desenvolvimento econômico**. 5 ed 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

STOLZE, Pablo. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2206>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie (versão eletrônica), 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014.

_____. **Princípio da função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, versão em e-pub.

TAVARES, Hermano et al. Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso. **Rev. Bras. Psiquiatr**, São Paulo, v. 30, supl. 1, p. S16-S23, May 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462008000500004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 dez. 2017.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Volume 1 – Jul / Set 2014.

_____. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. [Syn]Thesis, **Rio de Janeiro**, vol.5, nº 1, 2012.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano V, nº 5 - 2003-2004.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In **Temas de Direito Civil**, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In **Temas de Direito Civil** / TEPEDINO, Gustavo (Coord). 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil**. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiro. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. A liberdade democrática entre as regras do jogo e o jogo das regras. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17** – jan./jun. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VEBLEN, Thorstein. A teoria da classe ociosa. 1899. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/.../Thorstein-Veblen-A-Teoria-Da-Classe-Ociosa-1899>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A boa-fé contratual no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Direito Civil**: Direito de Família. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54361/evolucao_contrato_novo_wald.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017.

_____. O contrato: passado, presente e futuro - **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Ano IV, número 08. Rio de Janeiro, 1º semestre de 2000.

WERNECK, Maria Lucia Vianna. **O estado de bem-estar no contexto atual. Política versus economia**: notas (menos pessimistas) sobre globalização e Estado de bem-estar. Disponível em: <<books.scielo.org/id/8fmv5/pdf/gerschman-9788575413975-11.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.