



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**A VULNERABILIDADE E SUA REPERCUSSÃO NO SUPERENDIVIDAMENTO DO  
CONSUMIDOR**

**GUSTAVO HENRIQUE BAPTISTA ANDRADE**

TESE DE DOUTORADO

Recife

2014

**GUSTAVO HENRIQUE BAPTISTA ANDRADE**

**A VULNERABILIDADE E SUA REPERCUSSÃO NO SUPERENDIVIDAMENTO DO  
CONSUMIDOR**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de Concentração: Direito Privado

Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais.

Grupo de Pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo.

Recife  
2014



## **Gustavo Henrique Baptista Andrade**

### **“A Vulnerabilidade e sua Repercussão no Superendividamento do Consumidor”**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: : APROVADO

Professor Dr. **Paulo Luiz Neto Lôbo** (Presidente/UFPE)

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Fernando Antônio de Vasconcelos** (1º Examinador externo/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior**(2º Examinador externo/UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Roberto Paulino de Albuquerque Junior** (3º Examinador externo/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora Dr.<sup>a</sup>. **Fabiola Albuquerque Lôbo** (4ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora Dr.<sup>a</sup>. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza** (5ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 27 de fevereiro de 2015

Coordenador Prof. Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**.

A Rodrigo e Henrique, minha razão de tudo. Aos meus pais.

## **AGRADECIMENTOS**

Meu agradecer é um ato de reconhecimento àqueles que contribuíram de alguma forma para a consecução deste objetivo. São muitos, como muito é o que tenho a agradecer. Aos que ajudaram direta ou indiretamente, ontem ou hoje; aos que deram a base para minha formação; aos que simplesmente torceram pelo meu sucesso.

A Deus pela saúde, pela força e pela coragem. Aos meus pais Juracy e Tereza, aos meus avós Paulo, Carlinda e Glória pela influência na minha formação. Aos meus irmãos Carlos, Paulo e Marcos. Aos meus irmãos afetivos: minha tia Valéria e meu primo Sílvio Filho. Aos meus tios e a minha grande família.

Ao meu orientador Professor Paulo Lôbo pelas lições, pelos ensinamentos, pelo exemplo, pela amizade e pela oportunidade de escrever uma tese com o marco teórico ao meu lado. A ele também pela criação do Grupo de Pesquisas Constitucionalização das Relações Privadas – CONREP. À Professora Fabíola Lôbo, responsável pela escolha do tema da tese e cuja presença é constante na minha vida acadêmica. Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial Larissa Leal, Roberto Paulino, Torquato Castro e Leonardo Cunha.

Um agradecimento especial aos Professores Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino, que juntamente com meu orientador, sempre inspiraram minha vida acadêmica e presentearam a todos nós civilistas com a criação do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil.

Aos meus amigos Professores que espalhados por esse país enorme vêm contribuindo com suas pesquisas e seus ensinamentos com a mudança de paradigmas no ensino jurídico e no direito civil. Com receio de não ser preciso, lembro Aline Valverde, Ana Carla Harmatiuk Mattos, Anderson Schreiber, Andressa Jarletti, Carlos Eduardo Pianovski, Carolina Ferraz, Eduardo Nunes, Fabiana Barletta, Fernanda Nunes Barbosa, Fernanda Paes Leme, Fernando Vasconcelos, Joyceane Menezes, José Maria Silva, Lucas Abreu Barroso, Luciana Xavier, Marcos Catalan, Marcos Gonçalves, Marília Xavier, Milena Donato, Paula Moura, Renata Guadagnin, Ricardo Arone, Ricardo Calderón, Rodolfo Pamplona, Rosalice Fidalgo, Sérgio Ávila Negri, Tatiane Goldhar, Taysa Schiocchet, Thiago Junqueira, Vinicius Calado, Vitor Almeida, Viviane Girardi, entre tantos outros.

Aos meus companheiros do CONREP, pelos momentos especiais de discussões e debates, pela amizade verdadeira, pela cumplicidade, pelo apoio, pelo incentivo, pela descontração, pela seriedade: Carla Moutinho, Catarina Oliveira, Dante Pontes, Elaine Buarque, Everilda Brandão, Humberto Carneiro, José Barros, Luciana Brasileiro, Maria Rita Holanda, Natália Belo, Pablo Malheiros, Renata Othon, Rodrigo Toscano e Ticiania Benevides.

Um agradecimento especial a Marcos Ehrhardt Junior, exemplo de acadêmico, um homem de visão além do seu tempo. Não bastassem sua determinação, seu talento e seu conhecimento jurídico, Marcos é um amigo extremamente generoso, que tem entre suas muitas virtudes a capacidade de agregar pessoas, aglutinar novas amizades e compartilhar com elas o que conhece, o que descobre, o que cria.

Aos meus tios Silvio e Rogério Neves Baptista que me ensinaram a difícil arte de advogar com seriedade, honestidade e compromisso.

Aos meus colegas da Procuradoria do Município do Recife, em especial os que a dirigiram no decorrer do meu curso e sempre incentivaram minha jornada: Vilma Ribeiro, Renato Deak, Marcelo Ramos Barbosa, Patrícia Lôbo e Luciano Fernandes Alves.

À Faculdade Salesiana do Nordeste, na pessoa do seu Diretor Geral Padre João Carlos Ribeiro, e aos meus amigos diretores e coordenadores Renata Gusmão, Simão Rosembaum, Eduardo Jorge, Bruno Santana e Julianna Ramos, esta responsável por contribuições inestimáveis para a conclusão da tese.

À Universidade Federal de Pernambuco, que tenho como a casa onde cresci, cursando os ensinos fundamental e médio (Colégio de Aplicação), a graduação (Faculdade de Direito), o mestrado e o doutorado (PPGD).

## RESUMO

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor**. 2014. 222 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Apesar de apresentar-se no estágio inicial de seu desenvolvimento, o instituto do superendividamento do consumidor é fenômeno de origem socioeconômica típico da sociedade de consumo que vem atraindo enormemente a atenção da comunidade jurídica. Problema de escala global, o superendividamento é hoje considerado um flagelo que atinge todas as classes sociais. Surge no Brasil com a explosão da oferta de crédito advinda com a estabilização monetária decorrente da criação da nova moeda em 1994. No entanto, não é apenas consequência da opção político-econômica dos governos. Decorre em boa parte da maneira como o ordenamento jurídico tratou no curso da história a dívida e a pessoa do devedor e de como se deram as transformações ocorridas nas relações de crédito. A questão hoje demanda soluções urgentes. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro que concretiza o projeto constitucional de 1988, fundado este na valorização da pessoa humana e na justiça social, já apresenta condições para a prevenção e o tratamento do superendividamento. Buscando o fundamento de validade de suas normas na Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro mantém-se plenamente atual. A educação para o consumo, a harmonização dos interesses entre consumidores e fornecedores calcada na boa-fé dos contratantes e o controle dos abusos cometidos pela atividade publicitária, são condições aptas à prevenir o superendividamento. Seu tratamento deve se dar por intermédio de um sistema multiportas, onde existam inúmeras possibilidades procedimentais não vinculadas a rígidos formalismos, onde possam ser utilizados os meios alternativos de resolução de conflitos e o poder geral de cautela do juiz. Assim poderá atingir a grande massa de consumidores superendividados, que aumenta exponencialmente a cada dia, transformando essas pessoas em excluídos não somente do mercado consumidor mas também da oportunidade de viver com dignidade.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Superendividamento. Prevenção. Tratamento.

## ABSTRACT

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **The vulnerability and its impact in consumer over-indebtedness**. 2014. 222 p. Thesis (Doctorate in Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Although present in the initial stage of its development, consumer over-indebtedness is a typical phenomenon of socioeconomic background of the consumer society that has greatly attracted the attention of the legal community. As a problem of global scale, over-indebtedness is now considered a scourge that affects all social classes. It arises in Brazil with the explosion of credit supply resulting from monetary stabilization and the creation of the new currency in 1994. However, it is not only a result of political and economic options of governments. It basically follows the way the law has been treated the debt and the person of the debtor and how changes have occurred in credit relations. The question today demands urgent solutions. However, the Brazilian legal system embodying the constitutional project of 1988 established in the value of the human person and social justice has the conditions for the prevention and treatment of over-indebtedness. Seeking the foundation of validity of its rules in the Constitution, the Protection Code of the Brazilian Consumers remain fully current. The consumer education, the harmonization of interests between consumers and suppliers based in good faith and the control of abuses committed by the advertising industry, are suitable conditions for preventing over-indebtedness. Its treatment should be developed through a multidimensional system, where there are numerous procedural possibilities not linked to rigid formalism, where there can be used alternative means of conflict resolution and the general power of caution that the judge remains. So could reach the great mass of overindebted consumers, which increases exponentially every day, turning these people excluded not only the consumer market but also from the opportunity of living with dignity.

Keywords: Vulnerability. Over-indebtedness. Prevention. Treatment.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 9   |
| <b>CAPÍTULO I – A VULNERABILIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO</b> .....                             | 13  |
| 1.1 NOÇÃO GERAL DE VULNERABILIDADE .....   | 13  |
| 1.2 LIBERDADE, IGUALDADE E VULNERABILIDADE .....   | 15  |
| 1.2.1 Igualdade material e igualdade formal .....  | 18  |
| 1.2.2 Liberdade contratual .....   | 23  |
| 1.3 A CONTRIBUIÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE PARA O DIREITO PRIVADO .....                                       | 27  |
| 1.4 O CONTRATANTE VULNERÁVEL .....   | 31  |
| 1.5 O DEVEDOR NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL .....  | 34  |
| 1.6 O <i>FAVOR DEBITORIS</i> .....   | 38  |
| 1.7 DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA INTERLOCUÇÃO NECESSÁRIA .....   | 44  |
| 1.7.1 Princípios liberais e sociais do contrato .....  | 51  |
| 1.7.2 Princípios contratuais no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor .....                               | 57  |
| <b>CAPÍTULO II – VULNERABILIDADE E PROTEÇÃO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR</b> .....                                      | 61  |
| 2.1 A VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO DO CONSUMIDOR .....  | 61  |
| 2.2 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA .....   | 64  |
| 2.2.1 Os diversos tipos de vulnerabilidade do contratante consumidor .....   | 66  |
| 2.2.2 Os consumidores hipervulneráveis .....   | 68  |
| 2.3 A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR .....   | 71  |
| 2.3.1 O princípio da defesa do consumidor .....  | 76  |
| 2.3.2 A boa-fé nas relações de consumo .....   | 79  |
| 2.3.3 A informação como princípio de direito do consumidor .....   | 81  |
| <b>CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS PELO ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR</b> ..... | 90  |
| 3.1 O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE .....   | 90  |
| 3.2 A OFERTA DE PRODUTOS E SERVIÇOS E A INDUÇÃO AO CONSUMO .....   | 93  |
| 3.2.1 A publicidade como fator de estímulo ao consumo .....  | 95  |
| 3.2.2 A publicidade como vínculo de oferta ao público .....  | 100 |

|  |            |
|--|------------|
| 3.2.3 A atividade publicitária e os princípios constitucionais do valores sociais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de expressão ..... | 103        |
| 3.2.4 O regime de autorregulamentação publicitária no Brasil e sua (in)compatibilidade com o direito à informação .....  | 113        |
| 3.2.5 A oferta de produtos e serviços de crédito .....   | 117        |
| 3.3 OS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR.....   | 120        |
| 3.3.1 A (des)informação nos contratos de crédito ao consumidor .....   | 123        |
| 3.3.2 O regime das cláusulas abusivas nos contratos de crédito ao consumidor.....  | 124        |
| <b>CAPÍTULO IV – O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR.....</b>   | <b>139</b> |
| 4.1 CRÉDITO E ENDIVIDAMENTO EXCESSIVO.....   | 139        |
| 4.2 O CONSUMIDOR DE CRÉDITO.....   | 149        |
| 4.3 NOÇÃO GERAL DE SUPERENDIVIDAMENTO .....  | 156        |
| 4.4 SUPERENDIVIDAMENTO ATIVO E PASSIVO .....   | 159        |
| 4.5 SUPERENDIVIDAMENTO E PRODIGALIDADE.....  | 162        |
| 4.6 O SUPERENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS FRENTE ÀS ESCOLHAS DE CONSUMO.....   | 164        |
| 4.6.1 A família como entidade consumidora.....   | 164        |
| 4.6.2 O consumidor infante-juvenil e o endividamento das famílias.....   | 167        |
| 4.6.3 A necessidade de regulação e controle da publicidade dirigida ao público infante-juvenil dado seu impacto no consumo das famílias .....                  | 169        |
| <b>CAPÍTULO V – A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO .....</b>  | <b>175</b> |
| 5.1 A ATUALIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA EFICIÊNCIA COMO MICROSSISTEMA VOLTADO À DEFESA DO CONSUMIDOR.....                                   | 175        |
| 5.2 INSUFICIÊNCIA DO MODELO CIVIL CLÁSSICO DE INSOLVÊNCIA PARA O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO .....  | 179        |
| 5.3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO SUPERENDIVIDAMENTO NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA .....   | 182        |
| 5.4 CAMINHOS E FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO NO DIREITO BRASILEIRO.....  | 187        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>9</b>   |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>19</b>  |

## INTRODUÇÃO

Liberto o devedor da prisão por dívida, excepcionados os casos de débito relativos à prestação alimentícia, surge na contemporaneidade uma outra espécie de prisão que ameaça a liberdade desse sujeito de direito, qual seja, aquela que o vincula por vários anos – quem sabe até por toda a vida – a uma dívida.

São passados mais de um quarto de século da promulgação da Constituição brasileira hoje vigente, mais de vinte e quatro anos do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e pouco mais de uma década da entrada em vigor do ainda novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e é durante esse corte temporal que desponta no país o fenômeno do superendividamento, que é o eixo temático do presente trabalho, matéria ainda pouco conhecida do grande público que dele se torna vítima e que possui limitada produção acadêmica. De fato, pesquisa realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em conjunto com o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ADECCON) dá conta de que, entre 2002 e 2006, a produção acadêmica sobre o tema do superendividamento foi incipiente (Ministério da Justiça, 2009). É sob a perspectiva dos três diplomas normativos – Constituição, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil – que será aprofundado o estudo objeto da pesquisa.

E embora o marco temporal seja o da promulgação da Constituição brasileira, onde a opção pela defesa do consumidor é manifesta e recorrente, e a partir da qual foi desenvolvido o arcabouço legislativo que hoje rege a matéria, a transversalidade histórica não foi olvidada com o exato propósito de melhor se fazer compreender o tema pesquisado.

O superendividamento, considerado hoje um flagelo social que acomete cidadãos de diversos países e de todas as classes sociais, corresponde ao estado de total insolvência do consumidor. O assunto está intimamente ligado ao da sociedade de consumo, considerada como tal aquela marcada pela profusão da oferta de bens. O consumo representou, em verdade, um novo paradigma para as ciências sociais, com obrigatórios efeitos sobre os ordenamentos jurídicos. Esse pensamento se baseia na ideia de mudança de paradigma oferecida por Thomas Kuhn, para quem a comunidade profissional é transportada para uma

nova realidade, onde objetos desconhecidos se agregam a objetos familiares e estes passam a ser vistos sob uma luz diversa, levando os cientistas a verem o mundo de maneira diferente.

No Brasil, o reflexo dessa mudança paradigmática se observa de maneira expressiva com o advento da Constituição da República em 1988 e, posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990. A proteção do consumidor, passa a ter *status* constitucional, representando além de um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CR), um dos pilares da ordem econômica (art. 170, V, CR).

E se o superendividamento surge recentemente como fenômeno jurídico, o tratamento que o direito emprega à dívida e à pessoa do devedor percorre longo e tortuoso escorço histórico. O superendividamento, entretanto, não aparece repentinamente. Pelo contrário, é concebido em grande parte através da evolução da maneira como vem sendo tratada a relação jurídica travada entre credor e devedor, assim como a dívida, que é o seu objeto. Impossível reduzir a complexidade da questão, que traz em seu bojo a carga das transformações por que passaram as relações de crédito no decorrer da história.

Na verdade, o superendividamento surge no Brasil com a explosão da oferta de crédito ao consumidor ocorrida após a estabilização monetária trazida com a criação do Real em 1994. E como consequência natural da oferta, que vem sendo realizada sem as informações necessárias àqueles que irão fazer uso do crédito, iniciou-se então um ciclo irreversível de empréstimos bancários a aposentados, servidores públicos e empregados em geral. Passados exatos vinte anos da “abertura” ou como gostam de chamar os bancos e os governos que se seguiram, da “democratização” do crédito, a população brasileira se encontra endividada, alguns em estado de total impossibilidade de saldar suas dívidas. Estes são os superendividados.

Em adequada aderência à linha de pesquisa “Transformações nas relações jurídicas e sociais”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, o presente trabalho tem seus fundamentos metodológicos no direito civil constitucional; utiliza-se da metodologia civil constitucional. Isto porque o direito civil constitucional não está dissociado do direito civil. É no direito civil e nos seus conceitos e categorias próprios que essa metodologia de pesquisa e também de aplicação busca e oferece novos significados com vistas a sua funcionalização em uma sociedade cada vez mais complexa.

Apresentando como núcleo temático o superendividamento, a tese se divide em cinco capítulos. No primeiro, busca-se conhecer, a partir do conceito de vulnerabilidade, quem é a parte vulnerável da relação contratual de uma maneira geral e como se deu, no curso da história, o tratamento jurídico do devedor. Nessa seara, é apontada a importância da interlocução entre o direito civil e o direito do consumidor, além da influência, na pesquisa, da metodologia civil constitucional.

O segundo capítulo ingressa mais profundamente na ambiência do direito do consumidor para trabalhar o conceito de vulnerabilidade frente a outros institutos e também princípios que concretizam a proteção desse tipo de contratante.

Partindo da noção de oferta ao público, o terceiro capítulo demonstra a efetiva participação da indústria publicitária e dos fornecedores de produtos e serviços na indução ao consumo e no superendividamento do consumidor. Neste capítulo, trabalha-se a responsabilização ética desses atores e se aponta o *locus* da atividade publicitária na Constituição brasileira, ponto de acalorado debate na doutrina entre os que defendem estar a publicidade no campo dos direitos fundamentais, como fruto da liberdade de expressão e os que a posicionam no ambiente da ordem econômica e financeira.

O quarto capítulo trabalha o conceito de superendividamento e identifica o consumidor superendividado, comprovando a necessidade de controle na atividade publicitária, em especial no que concerne aos consumidores que detêm uma vulnerabilidade qualificada, acentuada em virtude de condições físico-psíquicas que exigem uma proteção ainda mais rigorosa. É o caso das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos deficientes físicos, dos enfermos. No trabalho é destacada a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil em razão de seu impacto no superendividamento das famílias.

Sob a perspectiva da proteção do consumidor, o quinto capítulo versa sobre o superendividamento na experiência estrangeira e no sistema jurídico brasileiro, apresentando ao final o estado da arte do instituto no país, sem descuidar do passado e também da elaboração de hipóteses para o futuro, apontando caminhos e fundamentos para sua prevenção e tratamento.

É possível adiantar que os caminhos a percorrer devem ser plurais e também dúcteis e flexíveis, a permitir ao operador se libertar de formalismos exagerados e procedimentos complexos para trabalhar com toda a gama de devedores existentes, do rico ao

pobre, do assalariado ao desempregado, do empresário à dona de casa, do que se superendividou por adquirir bens diversos ou daquele que chegou a tal estado por não ter como se manter, como comprar comida e vestuário, ter moradia, utilizar serviço de transporte, energia elétrica, entre outros. Os caminhos devem levar a um forte esquema de inclusão de pessoas.

Sendo a vulnerabilidade de um dos contratantes o fio condutor da tese, todo o seu desenvolvimento parte da premissa de que nas situações em que há desigualdade entre as partes de uma relação jurídica, ela deve ser sempre o farol a guiar o intérprete. Assim também por óbvio nos casos de superendividamento, quer sejam estes decididos judicial ou extrajudicialmente, seja na sua prevenção, seja no seu tratamento.

A vulnerabilidade, como se verá adiante, decorre da igualdade dita material ou substancial, compreendida esta como aquela que não se exaure na máxima formal de que todos são iguais perante a lei. A igualdade material procura equacionar com tratamentos díspares as desigualdades sociais e econômicas. Sem afastar a igualdade formal, grande conquista da humanidade, a igualdade substancial se harmoniza com a justiça social na busca do equilíbrio na relação entre a pessoa e os poderes privados. E a procura por esse equilíbrio implica no reconhecimento da debilidade de uma das partes, ensejando tratamento protetivo aos sujeitos vulneráveis. É dessa forma que, no universo de desigualdade em que se dá a relação do particular com os poderes privados, a vulnerabilidade se destaca da igualdade material e assume autonomia como princípio de direito privado, especificamente de direito do consumidor.

Na vulnerabilidade do consumidor se assentam as discussões e questionamentos trazidos nesta pesquisa. Os desafios são muitos. A solução do superendividamento, a sua prevenção, o seu tratamento, exigem mudança paradigmática na maneira de se lidar com o crédito, seja por parte das esferas de poder e governo, no cumprimento do estatuído na ordem constitucional de proteção do consumidor, seja dos fornecedores de produtos e serviços no atendimento dos deveres a que se submetem em função de sua superioridade nas relações jurídicas de consumo. Uma questão, no entanto, se apresenta urgente e imediata como que a desafiar o pesquisador: há solução para o superendividamento sob uma perspectiva unicamente patrimonial do crédito? A tese convida o leitor a refletir sobre o problema.

## CAPÍTULO I – A VULNERABILIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

*Sumário:* 1.1 – Noção geral de vulnerabilidade. 1.2 – Liberdade, igualdade e vulnerabilidade. 1.2.1 – Igualdade material e igualdade formal. 1.2.2 – Liberdade contratual. 1.3 – A contribuição do conceito de vulnerabilidade para o direito privado. 1.4 – O contratante vulnerável. 1.5 – O devedor na relação obrigacional 1.6 – *O favor debitoris*. 1.7 – Direito civil e direito do consumidor: uma interlocução necessária. 1.7.1 – Princípios liberais e sociais do contrato. 1.7.2 – Princípios contratuais no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

### 1.1 NOÇÃO GERAL DE VULNERABILIDADE

A etimologia da palavra vulnerabilidade aponta sua origem latina, porém com utilização no léxico a partir do século XX. Tem por significado a qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável, vocábulo que, por sua vez, em sua acepção mais original, traduz a ideia de lesão, indicando também o que é frágil, prejudicado ou ofendido (HOUAISS, 2009, p. 1961). Como se percebe, é um conceito relacional, já que expressa a ocorrência de algo sobre alguma coisa ou sobre alguém.

A inserção do termo no vocabulário da língua portuguesa apenas no século passado indica que sua utilização, aqui também no contexto jurídico, adveio de um processo histórico que se concretizou na modernidade, expandindo-se com o advento do Estado social.

De fato, o estado de vulnerabilidade do homem nasce com a própria humanidade, sendo certo que desde os primórdios da civilização ele luta contra essa situação de desvantagem, quer perante a natureza, a exemplo das intempéries, quer frente ao seu semelhante, em um esforço pela sobrevivência, uma luta incessante pelo equilíbrio para essa situação de fragilidade.

Em seu estudo sobre a origem da família, da propriedade privada e do Estado, Friedrich Engels, já no final do século XIX, denunciava a posição vulnerável da mulher frente ao matrimônio, o que faz traçando um paralelo entre este e o contrato de trabalho, em um prenúncio do que seriam as mais acaloradas discussões da primeira metade do século

seguinte. Para o filósofo alemão, a mulher estava para o matrimônio como o proletário para a industrialização, representando o homem o burguês, a classe dominante:

Certamente, os nossos juristas acham que o progresso da legislação vai tirando cada vez mais às mulheres qualquer razão de queixa. Os sistemas legislativos dos países civilizados modernos vão reconhecendo, progressivamente, que, em primeiro lugar, o matrimônio, para ser válido, deve ser um contrato livremente firmado por ambas as partes e, em segundo lugar, que durante a sua vigência as partes devem ter os mesmos direitos e deveres. Se estas duas condições fossem realmente postas em prática, as mulheres teriam tudo aquilo que podem desejar.

Essa argumentação – tipicamente jurídica – é exatamente a mesma de que se valem os republicanos radicais burgueses para dissipar os receios dos proletários. Supõe-se que o contrato de trabalho seja livremente firmado por ambas as partes. Mas considera-se livremente firmado desde o momento em que a lei estabelece no papel a igualdade de ambas as partes. A força que a diferença de situação de classe dá a uma das partes, a pressão que esta força exerce sobre a outra, a situação econômica real de ambas; tudo isso não interessa a lei. Enquanto dura o contrato de trabalho, continua a suposição de que as duas partes desfrutam de direitos iguais, desde que uma ou outra não renuncie expressamente a eles. E, se a situação econômica concreta do operário o obriga a renunciar até a última aparência de igualdade de direitos, a lei – novamente – nada tem a ver com isso (2006, p. 74).

Vista dessa forma, a vulnerabilidade estaria sempre associada à dominação do poder econômico, o que não se pode aceitar como premissa, ainda que este aspecto esteja intimamente ligado ao seu conceito, como a própria história da humanidade indica. No entanto, outros aspectos da vulnerabilidade são revelados à medida em que os novos rumos da vida social vão se desvelando em uma complexidade que vai além da luta de classes, muito embora, desta advenha um dos mais relevantes contributos para sua compreensão. E isto fica muito claro quando a vulnerabilidade se juridiciza, operando mudanças na teoria geral do direito, assim como no direito privado como um todo, perpassando o direito das obrigações, o contrato, a propriedade e o direito de família.

Da mesma maneira, não se pode conceber a vulnerabilidade como todo e qualquer risco social ou mesmo individual a que esteja sujeito o homem, sob pena de ser criada uma categoria em que todos sejam inseridos, dificultando a tutela daqueles que, de fato, necessitam compensar desigualdades existentes em determinadas relações jurídicas.

No entender de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória que fragiliza o sujeito de direito e desequilibra a relação (2012, 117).

Como se vê, a noção de vulnerabilidade está também intimamente ligada à ideia de igualdade, sendo certo salientar que, não obstante a história evidencie uma incessante luta

em prol desse valor, tem havido sempre, paradoxalmente, propensão ao estabelecimento de situações de desigualdade. Outro valor visceralmente relacionado ao conceito de vulnerabilidade é a liberdade, em busca da qual o homem se movimenta em um eterno conflito.

No que diz respeito à liberdade, basta lembrar que nos direitos primitivos o credor exercia pleno domínio sobre a pessoa do devedor, confundindo-se a obrigação com o estado de obrigado, o que se foi gradualmente transformando à medida em que surgiam princípios protetórios. Curioso acentuar, no entanto, que a idade moderna pós-revolucionária passou a apresentar situações em que devedores se mostram fortes e determinados credores débeis, como sói acontecer nas relações de trabalho. Percebe-se o deslocamento da proteção individualizada e casuística para a proteção de categorias de sujeitos, levando-se em conta a tipicidade contratual. É o caso dos trabalhadores e dos locatários de imóveis, entre outros (LORENZETTI, 2009, p. 16).

A igualdade, por sua vez, é um valor que decorre da própria noção de liberdade. No dizer de Paulo Valério Dal Pai Moraes, não se pode reconhecer como igual aquele que se encontra subjugado por outrem (2009, p.125). Dessa concepção parte também o estreito liame entre igualdade e justiça social, assim como a razão de ser das noções de igualdade formal e igualdade material ou substancial. É o que se verá a seguir.

## 1.2 LIBERDADE, IGUALDADE E VULNERABILIDADE

Liberdade e igualdade, na forma como são conhecidas na atualidade, decorrem da concepção que as deu a modernidade, consubstanciando-se em grande conquista da humanidade. Em conjunto com a fraternidade, formaram a tríade de valores que serviram de esteio e fundamento às lutas revolucionárias do século XVIII, em especial a revolução francesa de 1789, cujo lema pelos mesmos clamava.

Não que os antigos desconhecêssem ditos valores, como deixa ver a ética social de Aristóteles. Também na Grécia antiga – noticia Werner Jaeger em sua Paidéia – Eurípedes fundamenta a igualdade, que para ele era o princípio maior da democracia, em uma lei que se manifestava na natureza e da qual o homem não podia escapar. Seus críticos rechaçavam a definição de igualdade pela democracia por entenderem que a natureza não era regida por uma isonomia mecânica, mas pela lei do mais forte (2003, p. 376).

Na Idade Média, o sistema de virtudes da antiguidade e do cristianismo fizeram aflorar valores favoráveis ao respeito pela liberdade. A doutrina cristã, aliás, influenciou o pensamento jurídico até bem tarde na época moderna. Segundo Franz Wieacker, o *Corpus Iuris* gozava da mesma autoridade atribuída à Sagrada Escritura, em virtude da crença na origem providencial do império: “O espírito medieval não se lhe entregou um acto livre de decisão, como acontecerá em épocas posteriores, mas como uma entrega ao texto sagrado de uma ordem sempre presente do próprio ser.” (2004, p. 43).

São as revoluções burguesas, porém, que universalizam o significado de liberdade e igualdade, promovendo sua inserção na codificação levada a efeito no século XIX, os chamados códigos oitocentistas, que bem traduziram o ideal revolucionário, assim como a ideologia liberal então dominante.

Na verdade, a liberdade humana chegou a ser expressada exclusivamente pela vontade individual. Sob os auspícios da revolução francesa e impulsionada pelo pensamento de Kant e Rosseau, a política se contratualizou (“o contrato social”) e o contrato politizou-se em torno do princípio da autonomia da vontade, do dogma da vontade, enfim. Não existia hierarquia entre a vontade e a lei, tendo ambas a mesma força criadora.

Com o advento do Estado social, a igualdade, concebida até então como um princípio formal, estabelecido para que todos fossem titulares dos mesmos direitos, conforme atribuía a lei, caminha para uma evolução à medida em que escancaram-se as desigualdades sociais e econômicas, descortinando a exploração do trabalho humano pela classe dominante, a concentração de renda e o poder econômico exercido pela burguesia. Passa-se a perceber a igualdade em um sentido material ou substantivo, forçando-se a adequação da ordem jurídica vigente às dimensões da justiça social (LÔBO, 2009, p. 86).

A partir de 1900, a Europa, e mais precisamente o direito alemão, com a ajuda dos tribunais superiores, evoluiu sobremaneira na tentativa de colocar o Código Civil a par das transformações sociais e econômicas que aconteciam naquele país. Sobre esse esforço discorre Franz Wieacker:

A jurisprudência modificou radicalmente o direito das obrigações do BGB. A relação obrigacional tornou-se uma ordem compreensiva de direitos e obrigações, cujo conteúdo concreto é orientado em larga escala pela função social típica de contrato obrigacional (2004, p. 597).

Para Wieacker, na evolução trazida no início do século XX ao direito alemão, fato de maior importância foi a retomada do princípio da equivalência material das prestações nos contratos bilaterais. Isto porque o positivismo, não obstante a tentativa de Windscheid de inseri-lo no BGB recusada por seus redatores, negando tradição que remete à ética social aristotélica, deixou de imputar qualquer importância a dito princípio. Forçoso salientar que a ética material dos contratos veio a reboque da dificuldade de abastecimento após a 1ª guerra mundial e dos primeiros ciclos inflacionistas (2004, p. 599).

No que concerne à liberdade, cujo conceito também carrega conteúdo ideológico, reconhece-se sua vertente negativa quando o indivíduo a exerce sob a ausência de coerção, ou seja, desde que não haja norma que desenhe seu limite. A liberdade negativa, dita formal, é a que prevalece na doutrina do liberalismo econômico, não necessariamente do liberalismo político, conhecida esta pelos ensinamentos, entre outros, de John Rawls.

De fato, a liberdade formal contrasta com a liberdade positiva ou substancial, que compreende desde a liberdade em um sentido de autodeterminação do indivíduo até a efetiva liberdade que nega, no dizer de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyc, “[...] o conteúdo perverso do individualismo sem utopia, que tudo reduz à liberdade de mercado, aniquilando a pessoa concreta em prol do indivíduo sem face que atua no mercado” (2011, p. 2).

No entender de Samir Namur, a liberdade positiva se caracteriza quando uma decisão política a torne possível por intermédio da igualdade e da distribuição de recursos (2010, p. 140).

Nesse sentido, a autonomia da vontade, princípio liberal por excelência, é a matriz para o surgimento de situações jurídicas de extrema desigualdade. A tão cultuada liberdade contratual termina por se traduzir em poder econômico e político, que necessariamente limita ou submete a liberdade dos outros.

A plena liberdade individual apregoada por essa ideologia liberal, tida como uma maneira de controlar os excessos praticados pelo Poder no absolutismo, no entanto, terminou

por facilitar o abuso dos poderes privados, já que as relações entre particulares não mais sofriam qualquer interferência do Estado.

Começa então a ser delineado o conceito jurídico de vulnerabilidade. Na atualidade, segundo Cláudia Lima Marques, estudos europeus recentes têm procurado distinguir a vulnerabilidade de sua fonte ou base filosófica: a igualdade ou seu oposto, a desigualdade (2011, p. 323).

No Brasil, o princípio da liberdade permeia o texto constitucional e está explicitamente previsto no artigo 5º da Carta de 1988, o qual garante aos brasileiros e estrangeiros a sua inviolabilidade. Sua maior expressão no direito privado está na seara dos contratos, sendo porém igualmente considerado nas escolhas da pessoa no que diz respeito, por exemplo, à aquisição de bens e à constituição de entidade familiar (LÔBO, 2009, p. 89).

O princípio da igualdade também se encontra insculpido na Constituição da República, figurando explicitamente no *caput* do mesmo artigo 5º, atravessando, como acontece com o princípio da liberdade, todo o corpo normativo da Carta. Os sentidos formal e material dessa igualdade de todos perante lei é o que será examinado a seguir.

### 1.2.1 Igualdade material e igualdade formal

O advento da Modernidade, com o auxílio da formação do Estado liberal, quando da passagem para o século XIX, tratou de verter sobre o homem a noção de igualdade. Todos seriam iguais, sem que a lei os distinguisse por credo, *status* econômico, classe social ou qualquer outro critério.

Muitos acreditam que o conceito jurídico de igualdade teve sua gênese quando da promulgação do Código Civil francês de 1804:

Só com o *Code Civil* a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de atuação contratual e econômica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem de sociedade (WIEACKER, 2004, p. 390).

E o que se observa é que essa igualdade, que se compreende formal por não ser realizada concretamente, porém brotar de comando normativo fundado no aforismo “[...]”

todos são iguais perante a lei”, apenas dita uma situação jurídica na qual não se contemplam as vicissitudes encontradas em decorrência do exercício da liberdade então proclamada.

Como observa Pietro Perlingieri, a concepção reinante à época era a do indivíduo atomizado, considerado como valor pré-social, e que prescindia da relação com os outros (2002, p. 38).

Assim é que a igualdade formal, a qual, repita-se, configurou-se em uma das maiores conquistas da humanidade, passou a se consubstanciar em fonte de grandes desigualdades. Sensível aos influxos trazidos, entre outros aspectos, pela abismal diferença entre os detentores do poder econômico e a força de trabalho de então, as relações jurídicas privadas foram sendo contaminadas por desequilíbrio tal, que, paradoxalmente, tornaram escravizante a liberdade de que se gozava.

O contrato de trabalho é, talvez, o instituto jurídico que melhor traduz essa desigualdade, esse desequilíbrio, consequência da disparidade existente entre os direitos e deveres das partes, somada à impossibilidade prática de discussão acerca do conteúdo de suas cláusulas. Durante muito tempo, as regras contratuais eram ditadas pelo empregador, cumprindo ao outro contratante apenas sua submissão a tal situação. A parte mais débil da relação jurídica não desfrutava de qualquer proteção.

A história do direito civil tem sido marcada pela força dos poderes privados, o que vem sendo amenizado desde o advento do Estado social, instaurado no Brasil com a Constituição de 1934. A preocupação com as desigualdades sociais contribuiu para a concepção jurídica de igualdade material:

Essa mudança de atitude com relação ao princípio da igualdade faz emergir outra visão da igualdade jurídica, que não afasta a igualdade formal – a igualdade de todos perante a lei –, considerada conquista da humanidade. Amplia-se para a igualdade de todos na lei, suprimindo-se os componentes de desigualdades do conteúdo das normas jurídicas (LÔBO, 2009, p. 87).

Como indica Paulo Lôbo, o ponto fulcral da concretização da igualdade material está na supressão dos componentes de desigualdades contidos nas normas jurídicas. Exemplifica o jurista alagoano com a emblemática situação do consumidor antes da promulgação, em 1990, de seu estatuto protetivo, o Código de Defesa do Consumidor. Somente então foi afastado o tratamento igual entre o consumidor sem poder contratual algum e o fornecedor detentor de tal poder em sua totalidade (2009, p. 87).

Assevera Ricardo Aronne que somente se percebe o sentido do princípio da igualdade em sua incidência e na percepção do meio social. Só assim ele apresenta conteúdo substancializado (2001, p. 95).

Fazendo referência à Constituição portuguesa, Canotilho identifica uma conexão entre o princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social, este impositivo de uma igualdade material, detentor do que chama de uma “função conformadora” de garantia de igualdade de oportunidades:

O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa ‘unidade’ não redutível a momentos unidimensionais de ‘estática’ ou ‘dinâmica’ da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit) (2003, p.350).

Referindo-se a Constituição italiana, Pietro Perlingieri informa que é comum afirmar-se em seu país que a igualdade formal seria a expressão de uma revolução realizada enquanto a igualdade substancial corresponderia a uma revolução prometida (2002, p. 44).

Ainda no que concerne ao ordenamento jurídico italiano, distingue Perlingieri a igualdade da paridade de tratamento, esta presente na legislação ordinária, aquela de cunho constitucional. Para o referido autor, o princípio da paridade de tratamento, que pode ser aplicado a determinada classe de trabalhadores ou a membros de uma comunidade, subordina-se ao princípio da igualdade, que prevalece em caso de conflito:

A paridade de tratamento exaure-se no princípio retributivo. O princípio da igualdade supera a posição formal da paridade para realizar a igualdade substancial: quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da paridade de tratamento (2002, p.46).

Tratando da legislação protetiva vigente na Argentina desde meados do século passado, sentencia Ricardo Luis Lorenzetti que

O Direito Privado recupera seu espaço como disciplina da vida quotidiana, pretendendo substituir uma realidade em que o indivíduo aparece como heterodirigido pelas empresas, por outra, em que o indivíduo será heterodirigido pelo Direito (1998, p.143).

No Brasil, a instauração do Estado social, compreendido em linhas gerais como aquele em que o Estado intervém na ordem econômica, condicionando-a à justiça social, possibilitou a evolução do conceito de igualdade, ampliando-o para seu viés substantivo quando da promulgação da Constituição democrática de 1934, cujo artigo 115 previa que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna, garantindo-se, dentro desses limites, a liberdade econômica.

A Constituição de 1937, outorgada pelo então Presidente da República, prescreveu em seu artigo 135:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Nova Assembleia Nacional Constituinte promulgou a Constituição de 1946, que previu a organização da ordem econômica conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

A Constituição de 1967 (art. 157) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 160), a primeira semi-outorgada, a segunda promulgada por uma junta militar, ambas no período de repressão política, mantiveram a intervenção na ordem econômica com a finalidade de promover a justiça social, baseadas nos princípios da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho como condição da dignidade humana e da função social da propriedade, entre outros.

A Constituição de 1988, por sua vez, com sua vocação concretizadora dos direitos fundamentais, enuncia no *caput* do artigo 5º a igualdade formal, prescrevendo que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo garantida a inviolabilidade do direito à igualdade. A igualdade material perpassa todo o texto

constitucional, restando expressa entre os objetivos fundamentais da República previstos no artigo 3º, onde está incrustada a redução das desigualdades sociais, igualmente preceituada no inciso VII do artigo 170, cujo *caput* condiciona a ordem econômica aos ditames da justiça social. Na Constituição brasileira, a igualdade substancial também está prevista nas normas que anunciam e garantem institutos de direito privado, todos regulados em função da justiça social, a exemplo da propriedade privada (incisos XXII e XXIII do artigo 5º, e incisos II e III do artigo 170), do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º e *caput* do artigo 170), da defesa do consumidor (inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170), da livre concorrência (inciso IV do artigo 170) e da empresa (diversos dispositivos do Título VII – Da ordem econômica e financeira).

O dispositivo constitucional que prevê a igualdade formal não pode ser considerado de forma isolada, separado daqueles que enunciam a igualdade dita material. No dizer de Perlingieri, “[...] as técnicas interpretativas de cada norma, principalmente se constitucional, devem inspirar-se na ideologia presente no desenho global do ordenamento, sem dissociar-se as proposições, de acordo com o critério do conhecimento global e sistemático” (2002, p. 45). De acordo com o jurista italiano, a opção pela exigência de justiça social onde se efetiva a igualdade material é uma escolha histórica que promove a eliminação de privilégios injustificados de qualquer natureza, não somente a econômica (2002, p. 47).

Ademais, por expressa disposição normativa engravada no § 1º do artigo 5º da Constituição da República, as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Quer isto dizer que, no caso das relações entre particulares, não há necessidade da mediação do legislador para que tais direitos e garantias possam ser reconhecidos. No Brasil, que neste particular avançou mais do que a própria Alemanha, onde surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), ditos direitos são aplicados diretamente nas relações privadas, sem que o interessado seja obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para tê-los concretizados.

No dizer de Paulo Lôbo, “[...] o sentido de aplicação imediata inclui a aplicação direta, razão por que não depende de interposição do Estado, que não é necessariamente parte, quando a violação de direito fundamental for imputada a particular contra particular” (2009, p. 73).

A defesa da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo o Estado o destinatário da norma, frente a quem a pretensão deve ser deduzida, é contaminada pela ideologia liberal que apregoa a função da Constituição como mera controladora do Estado e não dos poderes privados.

O que afinal se observa é que a igualdade formal trazida à luz pelos ideais revolucionários dos séculos XVIII e XIX, e que traduziu-se na codificação da época, não foi suficiente para estabelecer e promover o necessário equilíbrio nas relações jurídicas de direito privado, acentuando ao revés grande disparidade de forças. O anseio pela justiça social foi o que fez ascender a concepção de igualdade para além da que era proclamada pelos Códigos oitocentistas, fazendo surgir a sua vertente dita material ou substancial. O tema da igualdade material será novamente abordado no presente trabalho (ver item 1.7.1), desta feita em sua mais significativa manifestação no direito privado, o princípio da equivalência material ou do equilíbrio econômico dos contratos.

### 1.2.2 Liberdade contratual

Discorrer sobre liberdade contratual exige uma prévia excursão pelo significado de autonomia privada.

O ordenamento jurídico e a experiência histórica é que determinam o conceito de autonomia privada. A concepção segundo a qual a autonomia privada corresponde à liberdade do indivíduo regular por si as próprias ações ou à permissão a todos os envolvidos em um comportamento comum para determinarem as regras de tal comportamento, exerceu grande influência no pensamento jurídico. Identificou-se porém essa liberdade com a iniciativa econômica, o que aproximou sempre da definição de autonomia privada a seara contratual, em virtude de sua natureza patrimonial.

Considerando a posição mais elevada das expressões de liberdade não patrimonial na hierarquia constitucional, doutrina mais abalizada tem atribuído ao negócio jurídico, categoria mais ampla que o contrato, o espaço para manifestação da autonomia, patrimonial ou não:

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de

interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis (PERLINGIERI, 2002, p. 18).

Perlingieri reconhece ainda como “[...] indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*) de cada ato realizado” (2002, p.18).

Sendo então o negócio jurídico o meio pelo qual a autonomia privada se manifesta e se concretiza, os conceitos se aproximam e se complementam no que se convencionou denominar “autonomia privada negocial”, o poder de autorregulamentação dos interesses dos sujeitos de uma relação jurídica privada, que afinal significa a própria liberdade contratual. Para Paulo Lôbo, os dois princípios não se distinguem por possuírem “[...] a mesma razão dogmática e a mesma origem política” (2011a, p. 60).

Várias são as denominações oferecidas para a definição desse fenômeno jurídico de autorregramento dos interesses privados. Todos, no entanto, refletem um momento histórico ou certa corrente doutrinária, ou mesmo ideológica. Exemplos são o poder negocial e a liberdade de contratar (LÔBO, 2009, p. 92).

A autonomia privada negocial ou, de maneira mais específica, contratual, se manifesta na liberdade que tem o contratante de celebrar o contrato ou abster-se de fazê-lo, de escolher o outro parceiro contratual, o tipo, a forma e o próprio conteúdo do contrato, consubstanciado em suas cláusulas. Essa liberdade era plena e ilimitada no Estado liberal, quando o indivíduo proprietário era o ponto em torno do qual giravam as normas do sistema jurídico e a vontade o elemento formador das situações jurídicas privadas, a força motriz das relações contratuais. Não à toa, a autonomia privada era umbilicalmente ligada à vontade do indivíduo. A chamada “autonomia da vontade”, juntamente com a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos efeitos do pacto celebrado, formavam a tríade de princípios que regiam, com exclusividade até então, as relações contratuais (LÔBO, 2011, p. 57). O liberalismo econômico, que tinha no indivíduo o centro do ordenamento, não demonstrou qualquer preocupação com o interesse social, excluído do sistema. A soberania da vontade, de conteúdo subjetivo, imperou durante o individualismo dos séculos XIX e XX, este em suas primeiras décadas.

Na nova concepção de contrato do Estado social, a vontade perde a condição de elemento nuclear, deixando a posição para um elemento estranho às partes mas fundamental para a sociedade, qual seja, o interesse social (MARQUES, 2011, p. 211). Não que a vontade

deixe de existir para a formação do negócio jurídico. Ocorrerá, isto sim, uma redução do espaço reservado à autorregulamentação das relações pelos particulares, por força de normas imperativas, a exemplo das que figuram no Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma é que, na passagem do Estado liberal para o Estado social, a liberdade contratual que até então sofria limitações de ordem negativa, fundadas apenas em questões de ordem pública e relativas aos bons costumes e que, ao final, objetivavam justamente a proteção da vontade dos contratantes, vem a ser limitada positivamente na forma de intervenção do Estado com vistas à proteção do contratante vulnerável. Com a intervenção do Estado na ordem econômica, característica maior do Estado social, o direito deixa de suplementar a autonomia privada para limitá-la fortemente, o que acontece ao mesmo tempo em que os contratos são massificados, se multiplicam e ultrapassam os interesses dos figurantes para alcançar o interesse social.

Como assevera Paulo Lôbo referindo-se à massificação contratual, os efeitos negociais passaram a se vincular a condutas que independem da manifestação de vontade dos obrigados (2013, p. 5).

Pelo contrário, a maior parte dos contratos obriga um dos contratantes, em geral o consumidor ou o aderente, a simplesmente obedecer às condições gerais predispostas pela outra parte, às quais se submete sem qualquer poder de alterá-las, conduzindo-se como se manifestação de vontade houvesse, adotando no entanto apenas a conduta negocial típica respectiva, que por si só é capaz de gerar os efeitos negociais pretendidos pelo predisponente.

As limitações à liberdade contratual podem ser observadas nas mais diversas modalidades de intervenção, realizadas de modo a proteger o contratante vulnerável, como acontece com a compulsoriedade do fornecedor em vender bens e prestar serviços a quem quer que os requeira (art. 39, IX, CDC), relativizando dessa forma a liberdade de escolher o outro contratante tal como no direito contratual clássico; quando são punidas com a nulidade as cláusulas consideradas abusivas, quais sejam, aquelas em que há nítido desequilíbrio de forças no contrato, expressando vantagem excessiva para uma das partes em detrimento de grande desvantagem ou onerosidade para a outra (art. 51, CDC); ou ainda quando são estipulados conteúdos determinados por lei como forma de mitigar a vulnerabilidade de uma das partes contratantes, como ocorre com a fixação de percentual não superior a dois 2% (dois por cento) para as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo

(art. 52, §1º, CDC); ou até mesmo quando é determinada a formatação do texto dos contratos de adesão escritos que, além de serem redigidos em termos claros, devem possuir caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não pode ser inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (art. 54, §3º, CDC).

Merece destaque a limitação à própria liberdade de celebrar ou não o contrato. Neste aspecto, a massificação contratual, decorrência mesmo da produção e da prestação de serviços em massa oferecidas a milhões de contratantes, trouxe consigo um sem número de tipos contratuais nos quais essa liberdade é reduzida em sua quase totalidade. Esse fenômeno é comum nos serviços públicos prestados por empresas concessionárias, como no caso do fornecimento de energia elétrica. Há situações de monopólio em que somente uma empresa presta o serviço e o consumidor, caso venha a optar por não celebrar o contrato, ficará impossibilitado de realizar necessidades básicas, como a conservação de alimentos.

Paradigmática é a limitação imposta à liberdade contratual pelo artigo 421 do Código Civil, o qual somente permite o seu exercício em razão e nos limites da função social do contrato, estabelecendo profundo antagonismo entre os dois princípios, que necessitam ser aplicados harmonicamente, como será tratado no item 1.7.1.

Assegura Paulo Lôbo que o princípio da autonomia privada tem natureza infraconstitucional, já que a Carta de 1988 se refere exclusivamente à livre iniciativa, que é a liberdade de empreender ou realizar atividades econômicas, não fazendo menção à autonomia privada, que sofre limitação jurídica para evitar a exploração de um contratante pelo outro, preservando-se o equilíbrio material das relações advindas do pacto, garantida sempre à parte mais fraca, o contratante vulnerável, a preservação de seus interesses: “[...] à medida que o Estado legislador atribui maior dimensão social às relações privadas, reduz-se o espaço de autonomia” (LÔBO, 2011, p. 61). A livre iniciativa, por sua vez, é um princípio econômico. Ela está na base da atividade econômica e se realiza mediante atos jurídicos, instrumentos que são da autonomia privada. Princípio constitucional são os valores sociais da livre iniciativa.

E os valores sociais da livre iniciativa aplicados ao direito contratual não descaracterizam por completo o contrato em sua concepção clássica, que continua a ser expressão da autonomia das partes para produzir efeitos jurídicos visando a regulamentação de seus interesses, porém considerando eventuais efeitos que possam atingir a comunidade e o

desequilíbrio causado pela diferença entre os níveis de poder dos sujeitos envolvidos na celebração do pacto (MIRAGEM, 2011, p. 135).

### 1.3 A CONTRIBUIÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE PARA O DIREITO PRIVADO

O conceito de vulnerabilidade jurídica teve contribuição fundamental para o direito privado contemporâneo. O reconhecimento da existência da debilidade de uma das partes em determinadas relações jurídicas, foi a marca da passagem do Estado liberal para o Estado social. E para além desse reconhecimento, os sistemas jurídicos vêm procurando equilibrar ditas relações, estabelecendo tratamento protetivo aos sujeitos vulneráveis. Assim ocorreu com os trabalhadores, a mulher, as crianças, os locatários de imóveis e mais recentemente com os consumidores. Várias são as fontes de vulnerabilidade nas relações de direito privado: no contrato de trabalho, a subordinação; na relação entre pais e filhos, o poder familiar. Na síntese de Yann Favier, a vulnerabilidade é fato constatável cuja extensão cabe a lei definir (2013, p. 18).

Entre as duas grandes guerras, a manufatura cedeu lugar, de forma definitiva, para a produção em série, impulsionada principalmente pela indústria armamentista. A produção em série fez nascer a massificação do consumo e esta a necessidade de proteger o contratante sem face, não mais identificado na formação de cada negócio jurídico. E a ideia de lesão potencial perseguiu a caracterização da vulnerabilidade como princípio máximo do direito do consumidor.

O conceito jurídico de vulnerabilidade, como antes afirmado, é relacional; somente tem sentido no contexto de uma relação jurídica, quer de direito público, quer de direito privado.

Para Cláudia Lima Marques, o reconhecimento da fraqueza de certos grupos sociais é o ponto de encontro entre a função individual e a função social do direito privado. Em seu entender, um “novo direito privado” surge com a tendência de se valorizar os direitos humanos e os novos papéis sociais e econômicos. A eficácia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e o aparecimento e desenvolvimento do direito do consumidor, entre outros fatores, permite que se admita a existência de um “direito privado solidário”. Nesta expressão da doutrina alemã se encontra a representação do processo de mudança e

ressistematização do direito privado pelos ideais da modernidade, porém sob nova roupagem, voltado para um contexto menos individual e mais coletivo (2012, p. 25).

Apesar das críticas à ideia da constitucionalização do direito privado, não há como não conceber que esse “direito privado solidário”, na expressão usada por Cláudia Lima Marques, resulta dos valores eleitos pela Constituição de 1988, de onde irradia sua eficácia.

No dizer de Ricardo Lorenzetti, a vulnerabilidade é uma desigualdade específica, já que a noção de igualdade é amplamente genérica e nem sempre requer normas protetivas (2009, p. 36). A vulnerabilidade que corresponde a uma desigualdade social, como é de ver-se dos pobres, dos enfermos, entre outros, é situação jurídica de direito público. A norma de proteção do vulnerável no direito privado é aplicada quando um particular se relaciona com outro e o faz de maneira desigual, já que ambos não dispõem dos mesmos recursos. Quando se fala em parte débil, se fala de uma parte que tem poder menor que a outra, por causas relacionadas à organização do mercado: “Vulnerável é um sujeito que é débil frente a outro em uma relação jurídica e por isso necessita de proteção do direito. É uma situação de risco especial na vida privada.” (2009, p. 36).

O estado de risco a que se refere o jurista argentino pode relacionar-se com o indivíduo, uma classe ou grupo, ou com a coletividade.

A vulnerabilidade jurídica tem forte ligação com o princípio da isonomia incrustado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, que, como dito anteriormente, concretiza a igualdade dita formal, aperfeiçoando-se por intermédio dos diversos dispositivos do texto constitucional que efetivam e garantem a igualdade material, libertando o cidadão das mais diversas fontes de desigualdade.

Paulo Lôbo considera a vulnerabilidade um subprincípio do princípio da equivalência material dos contratos, admitindo no entanto sua autonomia nas relações jurídicas em que a vulnerabilidade de um dos contratantes é presumida por lei, como nos contratos de consumo (2013, p. 10).

Percebe-se entretanto que, sendo a vulnerabilidade pressuposto da própria relação de consumo, ainda que se admita que o respectivo princípio tenha sua origem no princípio da equivalência material, é forçoso reconhecer que dele se destacou definitivamente como princípio autônomo. A busca pelo equilíbrio contratual é a tradução maior da proteção do

contratante vulnerável. A vulnerabilidade porém, presunção absoluta que é em determinadas relações jurídicas, não é requisito necessário a eventual desequilíbrio de forças no contrato. Ela está vinculada ao aspecto subjetivo do princípio da equivalência material, que a leva em consideração tanto quanto a identificação do poder contratual dominante, com vistas a promover ou restabelecer o necessário equilíbrio.

No direito privado do Estado social brasileiro, é no contrato que melhor se pode observar a vulnerabilidade jurídica. De fato, com sua função de fazer circular os bens, o contrato exerce importante papel na busca pela justiça social, reconhecendo àqueles que se submetem a condições predeterminadas ou aderem a cláusulas preestabelecidas, ou mesmo entabulam as mais diversas obrigações com o poder econômico em nome da autonomia privada, a condição de parte mais fraca da relação jurídica, que necessita, por consequência, de proteção. Não por outra circunstância, reconheceu o legislador infraconstitucional que os interesses individuais das partes contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais:

O princípio da função social, determinado pelo art. 421 do CC, é a mais importante inovação do direito contratual brasileiro e, talvez, a de todo o Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais vulnerável no contrato, ainda que não configure contrato de adesão (LÔBO, 2011, p. 68).

O direito do consumidor, por sua vez, é uma construção alicerçada na vulnerabilidade da parte mais frágil da relação de consumo. E de um modo geral, assim caminha o direito civil, em especial o direito das obrigações, com destaque para a seara contratual. O direito de família e sucessões também não se distanciaram da preocupação com a vulnerabilidade dos sujeitos de suas respectivas relações jurídicas. Até mesmo aos direitos reais é proposta atualmente uma releitura de seus institutos pelo singular da intersubjetividade, em favor da repersonalização imposta ao sistema pela solidariedade:

No princípio da função social observa-se relevante ponto de aproximação do sistema jurídico com o sistema social, do que decorre a própria dificuldade de traduzir seu conteúdo objetivo. Tal norma impõe a funcionalização social dos bens sobre os quais existe titularidade, impondo deveres e limites aos titulares, servindo desse modo de freio e impulsionador (ARONNE, 2001, p. 121).

Em texto publicado em 1991, Caio Mário da Silva Pereira, escrevendo sobre as reformas porque vinha passando o direito civil, aponta um alargamento no horizonte do direito contratual:

O 'Direito do Contrato' alarga os horizontes em dois sentidos: num primeiro plano, opera-se maior compreensão da necessidade de atentar para as desigualdades econômicas das partes contratantes, com reforço ao princípio da equidade; num outro sentido, as exigências do comércio jurídico engendram a criação de novas modalidades contratuais. Numa palavra: o progredimento na área contratual avança nos dois setores: técnico e moral (1991, p.16).

No dizer de Washington Peluso de Souza, a orientação vocacional do Código de Defesa do Consumidor tem por fundamento a vulnerabilidade do consumidor. Através dela se irradiam os tratamentos dados à responsabilidade e à culpa, à inversão do ônus da prova, aos meios de defesa do consumidor, aos tipos de interesses e aos sujeitos da relação de consumo (1991, p. 103). Elemento central da política de relação de consumo, a vulnerabilidade está intimamente ligada à própria definição de consumidor, como faz ver o inciso I, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor. A razão política da postura assumida pelo legislador, ao editar o CDC, está calcada, como já asseverado, no *caput* do artigo 5º da Constituição, complementado pelo seu inciso XXXII (1991, p.104).

Para o direito do consumidor, o conceito de vulnerabilidade vem contribuindo também com construções jurisprudenciais bastante originais, como as que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando quando da análise do enquadramento daquele que exerce atividade profissional no conceito de consumidor e, por consequência, da aplicação, no caso concreto, do regime jurídico consumerista.

De fato, duas correntes doutrinárias antagônicas disputaram, desde o advento do Código, a interpretação do *caput* de seu artigo 2º. A primeira, chamada de "finalista" por se concentrar na destinação final fática e econômica, formada em sua maioria pelos precursores do direito do consumidor no Brasil, somente admite como consumidor aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou utiliza o serviço como destinatário final, que tira o bem do mercado para uso próprio não profissional. A razão de ser dessa interpretação é a própria necessidade de tutela especial. Para os finalistas não haveria sentido ampliar o conceito, já que, ao restringir o campo de aplicação, restará assegurado um nível mais alto de proteção. A segunda corrente, denominada "maximalista" considera a legislação consumerista como regulamentadora das relações travadas no mercado de consumo de uma maneira geral, diminuindo sua áurea protetiva. Interpretam o artigo 2º de forma bastante extensiva para que as normas do Código de Defesa do Consumidor sejam aplicadas a um maior número de relações no mercado.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, surge uma outra corrente, subdivisão da primeira, que a doutrina, na esteira do pensamento de Cláudia Lima Marques, vem chamando de “finalismo aprofundado”. Foi a posição adotada pela jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça. Através desse entendimento, é possível que se admita, de maneira excepcional, e desde que demonstrada, no caso concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do consumidor, a aplicação das normas da Lei nº 8.078/90 (CDC) a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais:

De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto, de outro os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo, permitindo o tratamento de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos não diretos para a sua produção, isto é, não em sua área de expertise, ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente (MARQUES, 2011, p. 351).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar o *leading case* Teka x Aiglon adotou a corrente finalista, firmando entendimento de que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, não são abrangidos pelo Código do Consumidor. O caso concreto tratou do fornecimento de algodão para indústria de tecelagem e foi julgado através do Processo nº SEC 5.847-1 (Sentença Estrangeira Contestada), em 1 de dezembro de 1999.

É possível concluir que a maior contribuição do conceito de vulnerabilidade para o direito privado foi o seu reconhecimento como categoria jurídica apta a fazer o Estado intervir na ordem econômica com vistas à proteção da parte mais fraca das respectivas relações jurídicas.

#### 1.4 O CONTRATANTE VULNERÁVEL

Constatada a importância do conceito de vulnerabilidade para o direito privado, resta conhecer quem é o sujeito da relação jurídica que se reveste dessa condição. A identificação é de suma importância por ser a vulnerabilidade, como visto, fonte de grave desequilíbrio nas mais diversas situações jurídicas.

O foco desta pesquisa, o ponto central onde convergem e são também dirigidas as discussões a ela trazidas é a pessoa humana. Os temas tratados no trabalho, em especial o seu núcleo temático – o superendividamento – orbitam em torno da pessoa e nela encontram seu

significado, sua razão de ser. É a pessoa do devedor o centro do trabalho, não o crédito, a dívida ou a relação obrigacional em sua estrutura.

E ainda que a valorização da pessoa não tenha nascido da Constituição de 1988 – e por óbvio que assim não aconteceu – não há como se deixar de reconhecer um renovado ambiente humanista aflorado a partir de seu texto, após duas décadas de repressão política imposta pela ditadura militar. Por isso falar-se em repersonalização, instituto que opera a primazia ou tratamento prioritário à pessoa nas relações jurídicas e posiciona o patrimônio a serviço daquela, e não o contrário, como a tradição liberal fez impor aos chamados códigos oitocentistas, cujos valores foram incorporados tardiamente no Brasil pelo Código Civil de 1916.

Esse o grande desafio do jurista contemporâneo, em geral envolto em uma multiplicidade de fontes de direito dada a complexidade do ordenamento. No direito civil constitucional, como se verá adiante, a unidade do sistema é obtida através da força normativa dada às normas constitucionais, que com o advento do constitucionalismo da terceira etapa do Estado moderno, o Estado social, abandonaram sua natureza meramente programática, e também por uma interpretação que consegue ultrapassar o mero formalismo, alcançando e extraíndo da Constituição os seus valores fundamentais e os fins a serem aplicados. Eleva-se ao plano constitucional as normas do direito civil, que na Constituição vão buscar seus fundamentos de validade. Daí a primazia da pessoa, norte e vértice da legalidade constitucional. Daí a necessidade de identificar o contratante vulnerável.

A vulnerabilidade jurídica, como visto, é condição que revela a debilidade de uma das partes da relação jurídica. O seu reconhecimento marcou a passagem do Estado liberal para o Estado social ao mesmo tempo em que o conceito formal de igualdade consagrado nos Códigos do século XIX evoluía para a consideração da existência, na relação jurídica, de forças que não detinham os mesmos poderes, como naquela legislação se apregoava. Dessa forma emerge a busca por uma concepção de igualdade não somente fundada nos comandos normativos que a anunciavam mas concretizada em função do clamor pela justiça social então existente.

A afirmação da igualdade material facilitou a identificação da parte vulnerável das relações jurídicas, impondo o surgimento de normas protetivas àqueles cuja debilidade fora reconhecida. Como já indicado no item anterior, foi o que aconteceu com algumas categorias

de sujeitos, como o trabalhador, a mulher, o menor – hoje criança, adolescente ou jovem – e mais recentemente o idoso, entre outros que obtiveram estatutos próprios, chamados de microssistemas legislativos, leis multidisciplinares que regulamentam de forma integrada situações jurídicas que envolvem não somente o direito material em questão mas também normas de ordem processual, administrativa e até criminal. Os microssistemas de direito privado regulamentam matérias que antes se concentravam no Código Civil, hoje não mais um centro unificador mas uma importante referência com a qual convivem essas e outras leis especiais esparsas.

Na seara contratual, vulnerável é o contratante que exerce pouco ou muitas vezes nenhum poder na relação jurídica. É aquele cuja condição de fraqueza ou submissão frente ao outro polo da relação impõe e justifica uma maior tutela com vistas à promoção da justiça social, no Brasil fundamento e objetivo do Estado.

Se a intervenção do Estado na ordem econômica é a característica mais marcante do Estado social, no Brasil ela vem se traduzindo também sob a forma de proteção a contratantes cuja vulnerabilidade é presumida diante do flagrante desequilíbrio que marca determinadas relações contratuais e autorizam a aplicação de normas intervencionistas. Esse desequilíbrio é manifesto nos chamados contratos de massa, onde as condições gerais são predispostas de forma exclusiva pelo contratante que de uma maneira geral detém o poder econômico. Os contratos bancários e os de prestação de serviços públicos delegados aos particulares são exemplos marcantes.

Interessante observar que nos casos em que a vulnerabilidade de um contratante é identificada, sua autonomia privada é reduzida justamente por se apresentar como instrumento de poder da outra parte da relação contratual (LÔBO, 2011, p. 138).

A identificação do contratante vulnerável, assim como a sua proteção estão intimamente ligadas à evolução do rumo na proteção do devedor. Não obstante o conceito e o reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes do contrato se apresentarem como fenômenos recentes, inerentes ao Estado social e sua intervenção na ordem econômica, que na seara dos contratos se apresenta na forma do chamado dirigismo contratual, a trajetória do direito das obrigações revela uma constante preocupação com a figura do devedor, que varia no percurso histórico justamente por consequência das vicissitudes de cada fase dessa jornada. É o que será observado nos itens seguintes.

## 1.5 O DEVEDOR NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Na relação jurídica obrigacional, devedor é o sujeito que deve prestar algo, um dar, um fazer ou um não fazer, uma abstenção. E no âmbito dessa relação, em sua concepção mais consentânea com o ordenamento jurídico vigente, é possível distinguir a parte que efetivamente necessita de proteção daquela que já detém em si poder suficiente para garantir sua incolumidade. Exemplo desta última categoria é o fornecedor de produtos ou serviços na relação de consumo. Esta relação dar-se-á, como de regra, no interesse do credor, seguindo-se o padrão de cooperação e confiança que norteiam as relações obrigacionais em geral.

É sobre a parte que carece de poder na relação obrigacional que se debruça o presente trabalho. Considerar-se-á devedor para os objetivos a serem alcançados na pesquisa, aquele que se caracteriza como a parte vulnerável da relação, o devedor que em virtude do desequilíbrio nela constante, faz surgir a imperiosa necessidade de protegê-lo.

A complexidade da relação obrigacional, muitas vezes reduzida a um simples poder/dever, leva a compreendê-la como um encadeamento de atividades onde se desenvolvem os deveres de prestação. Neste sentido é que Clóvis do Couto e Silva concebe a obrigação como um processo onde as posições que ocupam credor e devedor oscilam na respectiva relação em uma ordem de cooperação (1976, p. 120). Esta dinâmica faz a relação obrigacional se desenvolver com vistas ao fim jurídico a que se destina, que é o adimplemento. Por meio deste, diz Couto e Silva, é que o interesse do credor é satisfeito (1976, p. 145).

A natureza processual da obrigação é encontrada até mesmo nas obrigações de execução instantânea que, mesmo sem aparente nitidez, apresentam início, execução e extinção. É porém na relação que se prolonga no tempo que o conjunto de atividades sequenciadas que compõem a obrigação é evidenciado. É o que acontece com as obrigações contraídas no mercado de consumo, geralmente vinculadas a condições gerais dos contratos.

Referindo-se ao Código Civil alemão, mas com igual cabimento à codificação brasileira, Harm Peter Westermann tece críticas no sentido de que diversos preceitos, incluindo aqueles sobre o adimplemento ou as consequências da perturbação da prestação, foram criados para o que ele chama de “negócio de giro único”, não servindo às relações obrigacionais que se protraem no tempo, a exemplo das que advêm do contrato de locação ou do contrato de fornecimento de energia (1983, p. 23).

Na concepção da obrigação como um processo, a ordem de cooperação a que alude Clóvis do Couto e Silva substitui o antagonismo antes existente na respectiva relação jurídica pela busca do equilíbrio de direitos e deveres entre credor e devedor. No entender de Orlando Gomes, às relações obrigacionais é aplicado o princípio da boa-fé em sua concepção objetiva, o qual exige, além da colaboração entre as partes da relação, honestidade, lealdade e fidelidade em cada qual: “No direito moderno tornou-se expressa a regra de que credor e devedor devem agir corretamente, comportando-se com decência em relação às exigências do mercado e aos princípios de solidariedade humana e social, nas palavras de TRABUCCHI.” (1986, p. 13).

Aludindo ao progressivo reconhecimento dos valores sociais no direito moderno, Alberto Trabucchi afirma que a boa-fé deve afirmar-se como a regra de ouro (*regola aurea*) da relação obrigacional (2009, p. 655).

Sob tal perspectiva, afirma Lodovico Barassi que a prestação se apresenta ao homem comum como conteúdo de um dever daquele que se obrigou e um direito do credor. Porém, basta o princípio fundamental da boa-fé na execução do contrato para autorizar, ao menos à primeira vista, que esse cumprimento do pacto se constitua em um dever de colaborar, de maneira que o devedor possa liberar-se da obrigação (1946, p. 29).

Embora o direito das obrigações seja uma disciplina cujos fundamentos datam de mais de dois milênios, perpassando o sistema do direito romano-germânico através de lenta elaboração (LÔBO, 2011a, p. 13), ao longo do tempo, a figura do devedor vem passando por mudanças que o libertaram e, posteriormente, com a inauguração do Estado social, o tornaram objeto de proteção:

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, ou nos espaços jurídicos reservados às pessoas em razão de suas origens. Antes do advento do Estado social, ao longo do século XX, o direito das obrigações conteve-se na liberdade e igualdade formais, sem contemplar os figurantes vulneráveis e as exigências de justiça social (LÔBO, 2011a, p. 15).

De fato, em Roma os escravos podiam exercer atividade econômica, porém lhes era negada a cidadania, o que impedia a plenitude de sua liberdade. E o direito do credor sobre o devedor era próximo do direito de propriedade de um escravo, o que foi amenizado

com a Lei Papiria (326 a.c.), quando não mais se permitiu a execução sobre o corpo mas sobre o patrimônio do devedor (LÔBO, 2011a, p. 29).

A história do *favor debitoris*, princípio geral do direito das obrigações que tem o condão de aplacar a força que emana do direito de crédito, e que será tratado no item seguinte, percorre longo caminho entre o direito romano e a contemporaneidade, demonstrando um ciclo que atinge seu ápice na segunda etapa da idade moderna, mais precisamente nos últimos duzentos anos.

No direito do período pós-revolucionário, livre era o cidadão proprietário, aquele que podia dispor de seus bens sem a interferência do Estado, a mais completa tradução do indivíduo segundo a ideologia do liberalismo.

Com o Estado social, a ordem econômica passou a ser expressamente regulada pela Constituição, que a impõe limites. No ordenamento brasileiro, a mesma ordem econômica se encontra ainda adstrita e conformada à justiça social, tal como previsto no *caput* do artigo 170 da Carta de 1988, impondo a atuação dos poderes da República pautados de modo a “[...] fazer prevalecer o interesse social, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana” (LÔBO, 2011a, p. 16).

A confirmação inabalável da ordem econômica conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CR), propiciou o surgimento do fenômeno que a doutrina civilista contemporânea batizou de *repersonalização das relações privadas* (LÔBO, 2004, p. 136), dentre elas por óbvio as relações obrigacionais.

Com a repersonalização do direito das obrigações, a pessoa humana, que outrora se realizava através do seu patrimônio, passa a ser vista em sua dimensão ontológica, dela emanando suas relações patrimoniais e econômicas. No dizer de Paulo Lôbo, “[...] a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais” (2011a, p. 17).

Na relação jurídica obrigacional, a responsabilidade, que em última análise corresponde a um estado de submissão e se aproxima do sentido de “responder” foi, no decorrer do tempo, se deslocando da pessoa do devedor para o seu patrimônio (LÔBO, 2011a, p. 33). Como asseveram Carlos Konder e Pablo Rentería, o movimento da história ampliou a

proteção à pessoa humana e seus direitos fundamentais e impôs que o poder de agressão conferido ao credor recaísse exclusivamente sobre o patrimônio do devedor (2008, p. 282).

Na antiguidade era o próprio credor, em caso de inadimplemento, quem detinha o poder de ação contra o devedor, que respondia com a própria vida, com seu corpo ou sua liberdade frente às obrigações por si contraídas. Com a monopolização da justiça pelo Estado, no entanto, restou ultrapassada a autotutela.

Foi a Constituição de 1934 que proibiu pela primeira vez a prisão por dívidas. O dispositivo (art. 113, 30) aliás, não contemplava qualquer exceção. Somente com a Carta de 1946 foram concebidas as duas exceções até hoje vigentes, quais sejam, a prisão do depositário infiel e a prisão por dívidas alimentícias (art. 141, § 32). No que concerne à prisão do depositário infiel, grandes debates jurisprudenciais amenizaram a aplicação do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, em virtude do ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Hoje a matéria está pacificada, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula Vinculante nº 25, a qual dispõe que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, restando o devedor privado de sua liberdade somente em uma única hipótese.

A legislação processual vem acompanhando esse movimento em prol da proteção do devedor. Várias reformas no Código de Processo Civil, em especial as que foram implementadas pela Lei nº 11.382/2006, têm procurado excluir do patrimônio do devedor alguns bens que não podem ser objeto de constrição judicial no processo de execução, a exemplo da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos e da pequena propriedade rural, desde que dirigida ao trabalho da família.

É também assim que a interpretação do artigo 391 do Código Civil conforme a Constituição deve concluir pela absoluta vedação ao atingimento da pessoa do devedor, salvo, por óbvio, a única exceção vigente por força do próprio texto constitucional, como visto acima. Há que se ter sempre em mente a necessidade de livrar o devedor da pressão correspondente a uma carga superior à da obrigação, para que não lhe seja imposto ultrapassar os limites do sacrifício.

Importante frisar que a plena compreensão da relação obrigacional exige do intérprete que a examine sob seu perfil estrutural e também sob o funcional. Neste aspecto,

entende Norberto Bobbio que a função do direito é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas de controle social, advertindo ainda que a integração dessa que ele chama de função promocional à função protetivo-repressiva, força o deslocamento da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e *direção* social:

Nos dias de hoje, uma análise funcional do direito que queira levar em consideração as mudanças ocorridas naquela ‘específica técnica de organização social’ que é o direito não pode deixar de integrar a sua função promocional ao estudo da sua tradicional função protetivo-repressiva (2007, p. 209).

Franz Wieacker pontua que a relação obrigacional, no Estado do século XX, tornou-se sensível aos pontos de vista sociais, admitindo elementos relativos à segurança social e impondo-se aos terceiros que de alguma forma são atingidos pela execução do contrato (2004, p. 720). Para o jurista alemão, os fundamentos políticos e econômicos da sociedade burguesa foram se dissipando, já que não mais atendiam às crescentes expectativas dos indivíduos, passando o *pathos* e o *ethos* do Estado social de direito a predominar sobre a legislação, a Administração, a jurisprudência e a opinião pública:

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e aplicação do direito (p. 623 ss.) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais perto do bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade (2004, p. 718).

Considerando o pensamento de Karl Larenz, para quem o conteúdo lógico-formal de uma lei depende, em grande parte, dos fins perseguidos pelo legislador, do estado da ciência do direito e da forma de pensar predominante na época (1978, p. 30), é possível concluir que o sistema normativo formado pela Constituição brasileira e a legislação infraconstitucional permite a compreensão da relação obrigacional como um processo que se desenvolve por meio de um conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor, o que contribui sobremaneira para a realização dos fins sociais ali reportados, revelando com clareza a função promocional do direito das obrigações.

## 1.6 O *FAVOR DEBITORIS*

A longa trajetória do direito das obrigações é marcada por momentos históricos em que, de alguma maneira, a preocupação com a parte mais débil da relação jurídica se fez

presente com maior ou menor intensidade. Inúmeras são as situações em que, desde o direito romano, o devedor vem sendo sujeito de normas protetivas. Essa evolução, que é a própria manifestação histórica do direito, atinge o seu apogeu na modernidade. Em um primeiro momento de maneira tímida, com a codificação liberal; depois fortemente impregnada pela ideologia do Estado social.

Acompanhar esse percurso se torna obrigatório para o jurista compreender a atual concepção do sujeito vulnerável das relações obrigacionais, assim como as resistências ainda existentes na aplicação das normas protetivas pelos operadores do direito. Para seguir essa trilha é imprescindível conhecer o princípio *favor debitoris*.

Cumpra de logo esclarecer que a expressão *favor debitoris* não denota o puro e simples favorecimento ao devedor por compaixão ou outra sorte de graça. De cunho jurídico, se consubstancia por óbvio no seio de uma relação jurídica obrigacional e jamais repele ou deixa de reconhecer o direito de crédito, apenas o torna menos implacável. E assim o é desde sua origem. No direito romano, várias expressões utilizavam o mesmo designativo para indicar uma interpretação contrária ao rigor do direito (*iuris rigor*), a exemplo de *favor nuptiorum*, *favor populi*, *favor religionis* e *favor libertatis*, este traduzindo o próprio fundamento em que se inspiraram o legislador e a jurisprudência para atenuar o mencionado rigor do direito (ALVES, 1991, p. 11).

No dizer de Maurício Mota,

O favor, deste modo, em síntese, é o complexo de prerrogativas, quando não um verdadeiro e próprio privilégio, que atribui uma posição de vantagem a uma determinada pessoa, seja porque se leva em consideração a sua qualidade pessoal, seja porque a proteção do interesse individual é muito frequentemente o único meio de satisfazer o interesse da ordem coletiva (2006, p. 377).

Foi na modernidade, no entanto, que a tendência ao favorecimento tomou maior vulto. Foram extraídas do direito romano antigas expressões e criadas outras para traduzir a referida inclinação, originando-se novas expressões, como *favor testamentorum*, *favor rei*, *favor matrimonii* e *favor debitoris* (ALVES, 1991, p.12). A partir de então, a expressão *favor debitoris*, que não se encontra em fontes romanas, passou a traduzir a tendência ao favorecimento do devedor, esta sim já presente no direito romano, não porém como na estrutura do direito das obrigações tal qual conhecemos hoje. Neste aspecto, convém salientar o caráter bimilenar do direito das obrigações, que foi lentamente se aperfeiçoando:

A parte nuclear do direito das obrigações é legatária da elaboração milenar do senso prático do direito romano antigo; de lá para cá são mais de dois milênios de lenta e laboriosa elaboração teórica e prática. As soluções que o direito contemporâneo ainda utiliza têm origem nas resoluções dos conflitos que os antigos romanos cristalizaram em suas normas jurídicas e, sobretudo, nos trabalhos deixados por seus jurisconsultos (LÔBO, 2011b, p.25).

No direito romano, várias foram as leis que beneficiaram o devedor, que até o advento da já mencionada *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C., a qual aboliu o conceito de obrigação como pessoal, criando o de vínculo patrimonial, chegou a responder com seu próprio corpo por débitos contraídos. Em tal legislação, destacam-se os diplomas que perdoavam cota de débitos e combatiam a usura, já na república. A partir dos imperadores cristãos, aumentam as normas de tutela do devedor. Esse movimento, ampliado com Justiniano, teve sua razão de ser em motivos de ordem religiosa e humanitária. Nesta época foram conhecidas duas espécies de moratória, uma deliberada pelos credores, outra concedida pelo Imperador (ALVES, 1991, p. 15).

Várias foram também as iniciativas no direito romano para inibir atitudes vexatórias por parte dos credores. Simbólica e paradigmática a norma contida na Novela 135, de Justiniano, onde é cominada pena aos magistrados que constrangessem o devedor à cessão de bens que o levasse à miséria, “[...] quando este jurasse, na presença dos evangelhos, que não tinha, em suas coisas, bens e dinheiro capazes de satisfazer às dívidas” (ALVES, 1991, p. 19).

São encontradas igualmente no direito justinianeu normas que facilitavam ao devedor a extinção do débito. No campo da interpretação contratual, vigeu no direito romano clássico o entendimento de que a estipulação ambígua se interpretava contra aquele que estabelecia o seu conteúdo (ALVES, 1991, p. 20). A propósito, no que concerne à interpretação, e isto por todo o percurso histórico do *favor*, é mister salientar que seus limites são os maiores possíveis. Assevera Maurício Mota que “[...] do ponto de vista objetivo dizer que há uma situação jurídica beneficiada pelo *favor* significa considerar que esta é digna de apreço em si, que é um bem fundamental e que, como tal, deve ser privilegiada em confronto com outros argumentos porventura relevantes” (2006, p. 304).

A obrigação tal como conhecida pelo direito romano traduz a noção de vínculo jurídico. Sua mais célebre definição está contida nas *Institutas* de Justiniano, que integravam o *Corpus Juris Civilis*: “[...] obrigação é o vínculo jurídico pelo qual ficamos adstritos à

necessidade de solver uma coisa, em conformidade com as normas de nossa cidade” (NORONHA, 2010, p. 30).

Na era moderna, com o surgimento da ideia de relação jurídica e direito subjetivo, a noção de obrigação passou a ser também concebida como a relação na qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação que satisfaz um interesse da primeira.

Com a instauração do Estado liberal e a ruptura com o antigo regime, segue-se a era das codificações, destacando-se sempre o Código Civil francês (*Code Civil*), tradução de um direito onde os interesses individuais estavam minimamente submetidos ao império do Estado e se sobrepujam frente a qualquer tentativa de funcionalização. Era em torno do indivíduo proprietário e chefe de família que orbitava o ordenamento jurídico.

Como observa Paulo Lôbo, “[...] houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira a da conquista da liberdade; a segunda a da exploração da liberdade” (2011b, p 15 ).

Assim é que a igualdade apregoada pelo liberalismo, desprezando a antiga tradição criada pela ética social de Aristóteles, se apresentava em uma feição meramente formal, já que havendo igualdade entre os contratantes, esta não poderia ser concretizada caso um dos obrigados detivesse poder econômico. Esse desequilíbrio exigia uma compensação que somente veio a ser observada com o advento do Estado social, quando se desenvolveu a noção de igualdade verdadeiramente material, impondo-se normas protetivas à parte mais vulnerável da relação obrigacional, no caso o devedor.

No direito pós-revolucionário, muitas foram as normas que procuraram beneficiar o devedor, o que ocorreu também no direito espanhol e no português, com influência direta no direito ibero-americano. De fato, os códigos civis de alguns países da América Latina espanhola, a exemplo de Chile, Argentina, Uruguai, Colômbia e Venezuela, conservaram várias medidas de favorecimento oriundas do direito romano (ALVES, 1991, p. 38).

No Brasil, dada a sua condição de colônia, vigeram inicialmente as Ordenações portuguesas que, de uma maneira geral, receberam as medidas de favorecimento do devedor existentes no direito justinianeu. Na primeira das Ordenações, a Afonsina, era admitida a *cessio bonorum* do direito romano, permitindo-se ao devedor ceder todos os seus bens aos credores para livrar-se da execução pessoal e, portanto, da servidão e do cárcere. As

Ordenações Manuelinas e Filipinas mantiveram o instituto. Outros favorecimentos foram outorgados ao devedor pelas Ordenações do Reino de Portugal, como moratórias concedidas pelo Rei (*graça delRei*) e o instituto da lesão enorme (*lesio enormis*) que protegia vendedor e comprador na compra e venda de bens imóveis e também móveis (ALVES, 1991, p. 45).

As Ordenações vigoraram até 1916, quando foi promulgado o Código Civil brasileiro. Antes, porém, no intuito de organizar o caos legislativo existente à época da proclamação da independência (1822) e da Constituição outorgada por D. Pedro I em 1824, foi editada pelo jurista Teixeira de Freitas a Consolidação das Leis Civis, aprovada pelo Imperador Pedro II em 1858, tornando-se o Código de fato do direito civil brasileiro por 58 anos.

Vários são os dispositivos da Consolidação que contemplam a proteção do devedor. Estudo de Maurício Jorge Pereira da Mota aponta alguns artigos da obra de Freitas que expressam a proteção do devedor. São exemplos o artigo 115, o qual prescreve que “[...] no regime de comunhão legal não se comunicarão entre os cônjuges as dívidas passivas anteriores ao casamento e que estas só podem ser pagas pelos bens que trouxe para o casal o devedor e por sua meação nos adquiridos”; e o artigo 359, que dispõe sobre o instituto da lesão, determinando que “[...] os contratos em que se dá ou deixa uma coisa por outra, podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme”, o que acontecia quando excedesse metade do justo valor da coisa (2006, p. 325).

A cobrança indevida de alugueis e o pacto comissório foram vedados pela legislação consolidada por Teixeira de Freitas. É possível, pois, reconhecer a nítida contemplação do *favor debitoris* no direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916.

O Código de 1916, por sua vez, traz consigo o reflexo tardio do liberalismo europeu quando já irrompiam naquele continente legislações várias que se adaptavam à nova ordem jurídica estabelecida pelo Estado social, o qual somente foi instaurado no Brasil com a Constituição de 1934, quando restou prevista a intervenção do Estado na ordem econômica.

Muitas das medidas de proteção ao devedor constantes da legislação anterior não foram recepcionadas pelo código Civil de 1916. Não faltaram, porém, dispositivos favoráveis ao devedor, como a proteção do bem de família, instituto consolidado e ampliado pela Lei nº 8.009/90. O artigo 920 do mesmo Código prescrevia que o valor da cominação imposta na cláusula penal não poderia exceder o da obrigação principal. Outras medidas protetivas

podem ser encontradas nos artigos 924 (redução da pena estipulada para o caso de inadimplemento, tendo o devedor cumprido em parte a obrigação), 1531 (pagamento em dobro pelo credor na cobrança de dívida já paga ou pagamento do equivalente no caso de pedir mais que o devido), entre outros.

O Código Civil de 2002 conseguiu se afastar do exagerado individualismo presente na legislação de 1916, trazendo regras e princípios tangenciadores da efetiva proteção ao devedor. Muitos dispositivos foram repetidos, como o artigo 940, que reproduz o que estabelecia o 1531 do antigo Código, acima citado, consolidando dessa forma tradição vinda das Ordenações do Reino de Portugal. Outros foram introduzidos e renovaram sobremaneira o direito das obrigações, a exemplo dos artigos 421 (função social do contrato) e 113 e 422 (princípio da boa-fé).

No direito argentino, o *favor debitoris* está expressamente previsto no Código de Comércio, que em seu artigo 218, 7º, prescreve que as cláusulas ambíguas devem ser interpretadas sempre em favor do devedor.

Verifica-se assim uma mudança paradigmática na evolução do direito obrigacional na passagem do Estado liberal para o social. A obrigação, que antes tinha como finalidade exclusiva a satisfação do interesse do credor, a que se sujeitava o devedor, hoje, bem dizer a partir do século XX, com destaque para sua última quadra, envolve um sentido de cooperação, onde a proteção do devedor surge como causa primeira dessa nova ordem de valores.

O *favor debitoris* é um princípio de direito das obrigações. Constitui, no dizer de Maurício Mota, “[...] uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas” (2006, p. 361).

Como afirmado anteriormente, a legislação processual brasileira, na esteira do pensamento histórico, vem contemplando a proteção do devedor, o fazendo o Código de Processo Civil de 1973 em vários dispositivos, sendo o princípio do *favor debitoris* expressamente previsto em seu artigo 620. De fato, sendo certo que a execução se realiza no interesse do credor (art. 612), o dispositivo acima citado estipula que, sendo vários os meios pelos quais o credor pode promover a execução, o juiz determinará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. Norma semelhante é encontrada em artigo do Projeto do Novo

Código de Processo Civil (PLS 166/2010 no Senado Federal com o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 8.046/2010), ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Porém, mais do que um princípio de direito processual, o *favor debitoris* é um princípio de direito material, já que seu fundamental objetivo é o equilíbrio da relação jurídica obrigacional.

Ricardo Lorenzetti defende a ideia do surgimento de contratos em que uma das partes se faz presente como membro de uma categoria de sujeitos, como é o caso dos trabalhadores. Nesta circunstância, a parte mais débil da relação jurídica é credora e não devedora. O trabalhador é credor do seu salário que será pago pelo empregador, na hipótese o devedor. A necessidade de proteger essas categorias de contratantes teria feito nascer um novo *favor*, um novo princípio tutelar apto a promover o equilíbrio da relação: o *favor debilis*. Para Lorenzetti, este seria a evolução do princípio do *favor debitoris* com vistas a exercer a proteção de grupos de contratantes especiais, como os trabalhadores, os locatários e também os consumidores. Explica o autor argentino que a sociedade moderna apresentou muitos devedores fortes e credores débeis. A mudança subjetiva do *favor debitoris* teria iniciado com os contratos de trabalho, se estendendo mais tarde para outros pactos com credores nas mesmas condições. O *favor debitoris* evoluiu então para o *favor debilis*, como uma maneira de adequar aquele princípio às novas demandas (2009, p. 15).

Necessário no entanto destacar que, apesar das vicissitudes históricas terem ampliado a proteção ao contratante vulnerável para situações antes não conhecidas, a visão contemporânea da relação obrigacional, onde a posição de credor e devedor oscila em uma ordem de cooperação tal como preconizado nos estudos de Clóvis do Couto e Silva, permite concluir pela atualidade do *favor debitoris* como princípio, apresentando-se o *favor debilis* como uma de suas vertentes.

## 1.7 DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA INTERLOCUÇÃO NECESSÁRIA

Em artigo publicado em 1990, após a morte do autor mas antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o que ocorreu em 11 de setembro daquele ano, Orlando Gomes já denunciava a existência de um “quadro normativo caótico”, onde não era possível

identificar a política legislativa nem descobrir o sentido nas inúmeras disposições normativas de direito do consumidor (1990, p. 119).

Na verdade, a defesa do consumidor, consubstanciada também em proteção, não era contemplada na vasta legislação então vigente. Somente em 1985, com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985), foi disciplinada a responsabilidade por danos causados ao consumidor, determinando-se o foro do ajuizamento da ação e a legitimação para propô-la, entre outras medidas.

A partir da aceitação da vulnerabilidade do consumidor, inclusive por imposição legal (art. 4º, I, CDC), constrói-se o sentido de tutela, que por sua vez está igualmente alicerçado na necessidade de equilíbrio dessa relação desigual. No dizer de Fábio Konder Comparato, o sentido tutelar do direito do consumidor se dirige ao economicamente fraco (1976, p. 83).

De acordo com Cláudio Petrini Belmonte, as legislações protetivas do consumidor são marcadas pelo intuito comum de reequilibrar a relação de consumo, quer reforçando a posição do sujeito vulnerável dessa relação, quer proibindo e limitando certas práticas mercantis (2003, p. 87).

A política de proteção ao consumidor jamais pode ser compreendida como um subproduto da política de comércio ou de mercado (BOURGOIGNIE, 2002, p. 34). Essa limitação iria de encontro a normas constitucionais, inclusive àquela que estabelece a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica do Estado brasileiro (art. 170, V, CR).

A nítida opção do legislador constituinte foi estabelecer a defesa do consumidor como um princípio, que se concretiza nas mais diversas formas de proteção.

Assim é que a Constituição brasileira de 1988 erigiu a defesa do consumidor ao *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXII), determinando ao Estado (juiz, legislador e administrador) a obrigação de promovê-la. E coerente com a opção pelo Estado social, estabeleceu, como acima afirmado, a defesa do consumidor também como princípio da ordem econômica (art. 170, V).

Foi determinada ainda, pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a elaboração, em cento e vinte dias, do Código de Defesa do Consumidor, promulgado, em

verdade, em 11 de setembro de 1990. É dessa forma que surge no ordenamento brasileiro o microsistema que compõe o CDC.

A Lei nº 8.078/90 traduz com clareza e representatividade a doutrina da constitucionalização do direito privado no Brasil e dela é por certo a maior expressão no campo legislativo. Essa doutrina, não sem resistências, vem tomando assento também na jurisprudência. No dizer de Gustavo Tepedino,

[...] os preceitos do Código de Defesa do Consumidor parecem, às vezes, esquecidos pelos operadores e, no entanto, dão expressão, dão corpo e dão vida ao ditado constitucional, em favor da dignidade do consumidor, em favor de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade” (2004, p. 17).

Referindo-se ao direito civil, de onde germina o direito do consumidor, Paulo Lôbo define a constitucionalização como o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito privado, os quais passam a condicionar a observância da legislação infraconstitucional (2009a, p.36). A doutrina da constitucionalização do direito civil tem seu fundamento em ao menos três pressupostos teóricos, quais sejam, a força normativa da Constituição, que perde sua vocação de conjunto de normas meramente programáticas, a unidade e complexidade do ordenamento jurídico voltado aos princípios e valores constitucionais, e a renovação da teoria da interpretação considerando os valores e fins a serem aplicados (2009a, p. 37). O ordenamento jurídico de cunho civil-constitucional, além de estruturar os institutos fundantes do direito privado, não se limita a seguir as diretrizes constitucionais como se fossem meros conselhos mas as concretiza na busca permanente de uma resposta que almeja conhecer: “[...] para que e a quem serve o direito”? (FACHIN, 2008, p. 17). Não se deve deixar de registrar que, em seu percurso, o “processo” de constitucionalização do direito privado é antecedido e acompanhado pela intervenção do legislador infraconstitucional em diversas disciplinas, inclusive e por certo no direito das obrigações, neste caso de maneira significativa, com vistas à tutela do contratante vulnerável.

Na esteira do ensinamento de Paulo Lôbo, é possível afirmar seguramente que o sistema legislativo do direito privado brasileiro é formado pelas normas constitucionais, em torno das quais orbitam o Código Civil, a legislação civil especial e os microsistemas jurídicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, no que concerne ao direito material (2009a, p. 41). Importante ter em mente que esses universos estão interligados. Não há rupturas, já que a legislação infraconstitucional de direito privado é aplicada de maneira a

que o núcleo normativo da Constituição nessa matéria se expresse com a energia necessária (2009a, p. 43). Não há despreço pelas raízes históricas do direito civil. O que se questiona é o papel atual do Código Civil, que há muito deixou de deter exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas e não mais representa a “Constituição do direito privado”, como sói acontecer até o advento das constituições que inauguraram o Estado social (TEPEDINO, 2004, p. 7). Não há fragmentação do sistema. Ainda que se reconheça a existência de universos legislativos setoriais, busca-se a unidade do sistema através do deslocamento do ponto de referência antes localizado no Código Civil para a tábua axiológica da Constituição:

O percurso evolutivo dos institutos do direito privado é a demonstração eloquente desse processo. A exagerada atenção do vetusto Código Comercial para com o comerciante dá lugar à ênfase central em relação aos atos de comércio e à empresa. A tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede a atenção do legislador especial para com as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado (TEPEDINO, 2004, p. 7).

A doutrina da constitucionalização das relações privadas vem contribuindo enormemente para a interação do direito privado com as mudanças sociais. A interpretação das normas de direito privado de acordo com as regras e princípios insculpidos na Constituição, reforça e chancela o projeto constitucional que tem por fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e possibilita o alcance dos objetivos nele estabelecidos, dentre os quais a construção de uma sociedade pautada na liberdade, na justiça e na solidariedade onde a pobreza seja erradicada e as desigualdades sociais reduzidas.

Em pertinência ao que se discute no presente trabalho, é de fácil exemplificação a concretização do comando constitucional que determina ao Estado a defesa do consumidor, alçada ao *status* de direito fundamental. Todo o arcabouço legislativo infraconstitucional de proteção ao contratante vulnerável forma, em conjunto com as normas constitucionais, um sistema que tem nesse comando o vértice da construção de um direito a uma ação positiva do Estado na defesa e, por consequência, proteção do consumidor. Direito a ação positiva do Estado neste caso, é traduzido por Cláudia Lima Marques como direito às prestações do Estado-juiz, do Estado-legislador e do Estado-administrador, na forma que dispuser a lei: “[...] Mais do que uma política pública, ou do que simples normas infraconstitucionais (regras), reunidas em um Código de Defesa do Consumidor (CDC ou Lei 8.078/1990), a

proteção do consumidor no Brasil é um princípio, um princípio de origem constitucional.” (2012, p. 149).

As fontes constitucionais dos institutos de direito privado devem nortear as relações jurídicas entre particulares, que serão ao final reguladas pelo Código Civil ou pela legislação civil especial ou pelos microsistemas de direito material privado como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, ou ainda pela interlocução entre todas essas fontes.

Hoje não mais se discute a utilidade e até mesmo a necessidade de se compreender o direito sob a perspectiva da interdisciplinaridade. De fato, não são poucas as situações jurídicas que necessitam do auxílio de outras disciplinas não somente para sua compreensão mas também para a solução dos conflitos delas resultantes.

E essa interdisciplinaridade ocorre não somente entre ciências ou disciplinas diversas mas também entre os próprios ramos do direito, como acontece quando o direito penal tipifica crimes contra a Administração pública, ou quando o direito tributário se vale das noções da teoria geral do direito civil para estipular prazos de decadência e prescrição.

No complexo sistema legislativo vigente, onde são inúmeras as fontes que versam muitas vezes não só sobre uma mesma disciplina mas acerca de um mesmo instituto como conjunto ou espécie, como é o caso do contrato de consumo para prestação de serviços de saúde suplementar através dos chamados “planos de saúde”, que demanda a interpretação do Código de Defesa do Consumidor, da Lei dos Planos de Saúde e do Código Civil – para delimitar apenas uma hipótese – não é difícil encontrar antinomias, meras contradições ou simples divergências nas fontes, o que exige do intérprete o exercício de uma metodologia que possa permitir a busca pela coerência desse mesmo sistema, sem necessariamente se utilizar dos critérios tradicionais presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que não raro se mostram insuficientes.

Nesse sentido, defendem alguns juristas, capitaneados por Cláudia Lima Marques, a utilização do método que a jurista gaúcha tem por teoria do diálogo das fontes, onde o intérprete pode indicar a aplicação simultânea de uma lei geral com outra ou mais de uma lei geral ou especial, na busca pela coerência do sistema, em especial com os valores eleitos pela Constituição (2012b, p. 38).

A expressão “diálogo das fontes” foi cunhada pelo alemão Erik Jayme e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques. A técnica a que corresponde a expressão, como afirmado, se apresenta como solução à aplicação das leis no complexo sistema de direito privado na atualidade. Para essa autora, em virtude de um direito com fontes legislativas plúrimas, surge a necessidade de coordenação entre as leis de um mesmo ordenamento. Busca-se na contemporaneidade mais a harmonização das normas do sistema do que a prevalência de uma sobre a outra, numa perspectiva de conflito. O caso do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil é paradigmático. O Código Civil é uma lei editada posteriormente ao Código do Consumidor, tendo ambas a mesma hierarquia e versando sobre institutos comuns, como a responsabilidade civil, prescrição, decadência, contratos, entre outros. Dada a prevalência do Código Civil, por ser uma lei posterior (considerando os critérios para a solução do conflito de leis no tempo, quais sejam, anterioridade, especialidade e hierarquia), a consequência, no caso de eventual colisão, seria a exclusão da norma mais antiga, neste aspecto dispositivos do Código do Consumidor. A proposta de Erik Jayme é a coordenação e a harmonização entre as normas do sistema jurídico ao invés da exclusão de qualquer delas quando ocorrer antinomia:

Nesses tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja art. 2.043 do CC/ de 2002). Há, por fim, a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo (2011, p. 694).

Possuindo ambos os Códigos (civil e consumerista) princípios coincidentes, necessário se faz conhecer sua lógica com vistas a uma harmonização, não a uma exclusão.

Essa aplicação harmônica e coordenada das fontes normativas, no entanto, pode ser melhor e mais precisamente representada pela expressão “interlocução entre as fontes”. De fato, a etimologia da palavra diálogo indica a junção das palavras gregas *dia* e *logos*. *Dia* significa “através” e *logos* foi traduzido para o latim inicialmente como *ratio*, isto é, “razão”. Há porém diversos significados para *logos*, como “expressão”, “palavra” e “significado”. Há também indicações de que *logos* significa “relação” ou “relacionamento”. Diálogo seria, então, uma forma de fazer circular significados.

Embora figure na maioria dos dicionários como sinônimo de diálogo, a palavra interlocução teve seu significado estendido para toda forma de interação e parece mais

adequada para expressar a técnica a que se refere o Professor da Universidade de Heidelberg, tão bem explicada por Cláudia Lima Marques. Isto também porque a etimologia da palavra interlocução (do latim *interlocucio, onis*) indica o sentido de interrogação (HOUAISS, 2009, p. 1.098). E interlocução dimensiona de maneira mais ampla o que se quer demonstrar com a técnica, indo além das fontes, aproximando os próprios institutos.

Essa interlocução entre o direito do consumidor e o direito civil se demonstra bastante nítida quando da busca pela reparação por danos morais decorrentes de relações de consumo. Sob o prisma dos direitos da personalidade como direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado, alguns autores enxergam nos direitos do consumidor a concretização desses direitos da personalidade. E é certo que o próprio Código de Defesa do Consumidor garante a salvaguarda dos valores que o cercam na relação de consumo, como o direito à vida, saúde e segurança, como é de ver-se do inciso I do seu artigo 6º (Bittar, 2001, p. 199).

E é na informação e, em especial, na publicidade, que ocorrem com grande intensidade, lesões a direitos da personalidade.

Eduardo Bittar se refere a uma multiplicidade de formas de contato consumerista que podem invadir o terreno dos direitos personalíssimos, a exemplo da cobrança vexatória, do disparo indevido do alarme de segurança em estabelecimento comercial, e da inclusão do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito (2001, p. 200).

Considerando a visceral relação entre os direitos da personalidade e a reparação por danos morais – já se tendo afirmado que um não pode existir sem o outro (LÔBO, 2003) – não é difícil constatar a premência da interlocução entre o direito comum e o especial do consumidor.

Na Alemanha, diferentemente do Brasil – ao menos no que concerne ao direito civil e ao direito do consumidor – com as reformas legislativas de 2000 e 2002 as fontes foram unificadas. O Código de 1900 foi modificado para receber a figura do consumidor. Com isso, escreveu Cláudia Lima Marques, para o direito alemão as relações de consumo são direito civil:

O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um direito civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas (2001, p. 271).

O que se verifica é que a interlocução entre as fontes é uma tendência que decorre da complexidade dos sistemas, um caminho traçado a partir da interdisciplinaridade das matérias envolvidas nas diversas situações jurídicas, um método de interpretação que facilita a resolução das demandas postas a desate na sociedade contemporânea.

### 1.7.1 Princípios liberais e sociais do contrato

Partindo do pressuposto de que é no contrato que a maioria das relações obrigacionais se opera, é de se admitir que as relações jurídicas contratuais também sofreram os influxos da evolução a que o direito das obrigações esteve submetido. O *favor debitoris*, a ideia do contratante vulnerável, e por certo a própria noção de vulnerabilidade jurídica, são elaborações que contribuíram para a construção da concepção atual do contrato, instrumento maior do tráfego jurídico.

E se o direito sofre diretamente a influência das mutações sociais, o contrato evolui em igual perspectiva, expressando e refletindo um dado momento histórico, um momento cultural novo (USTÁRROZ, 2012, p. 237).

No dizer de Pietro Perlingieri, o significado da norma muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence (2002, p. 72).

A segunda etapa da idade moderna, que tem por marco as revoluções liberais, é caracterizada pela defesa do Estado mínimo, do Estado garantidor da liberdade do indivíduo sob a máxima da igualdade perante a lei, consagrada no princípio da igualdade formal. Essa liberdade, como visto, se refletiu no contrato e, imune a limitações, careceu de regulação estatal, papel outorgado de forma exclusiva ao mercado nas atividades econômicas de uma maneira geral.

É nesse contexto que surgem os princípios contratuais clássicos, normas que refletiram o ideário do liberalismo econômico de então. Forte na liberdade contratual, quem pactuava o fazia com a mesma força dedicada a lei, vedada a modificação das estipulações. A igualdade formal cuidava de justificar a assimetria dos poderes das partes contratantes, que pactuavam em igualdade de condições.

Os princípios contratuais clássicos ou liberais são o da liberdade contratual ou autonomia privada ou ainda, como querem alguns, autonomia da vontade, dada a plenitude e prevalência desta na celebração das avenças à época do liberalismo, quando não sofria qualquer limitação; o da força obrigatória dos contratos, representada pela expressão latina *pacta sunt servanda*, que vincula os contratantes em um elo incindível e os proíbe de modificar seu conteúdo, suas cláusulas, independentemente de qualquer circunstância interna ou externa que venha a causar desequilíbrio de poderes das partes contratantes e sobre o qual repousa a máxima da segurança jurídica; e o da relatividade subjetiva, que propugna pela eficácia das cláusulas contratuais apenas em relação às partes contratantes.

A liberdade contratual, tratada no item 1.2.2, vem desde a passagem do Estado liberal para o Estado social sofrendo limitações em suas diversas manifestações, como a liberdade de escolher o outro contratante, o tipo contratual e o conteúdo de suas cláusulas. Essas limitações vêm a reboque das transformações sociais e da necessidade de proteção ao contratante vulnerável, aquele que não detém poder de barganha na celebração do pacto ou em sua execução. A autonomia privada passa então a ser relativizada à medida em que surgem os princípios construídos sob os auspícios do Estado social, cuja incidência toma caráter de obrigatoriedade e prevalência.

A força obrigatória do contrato tem sua origem na própria superioridade da vontade sobre a lei. No direito contratual clássico, a vontade era a força que vinculava os contratantes, cabendo ao direito reconhecer essa força (obrigatória), protegendo-a e interpretando-a (MARQUES, 2011, p. 68). Uma vez celebrados, os pactos haviam de ser cumpridos, não podendo as partes se desvincular dos direitos e deveres contraídos. O princípio foi normatizado pelo direito francês pós-revolucionário, figurando no artigo 1.134 do respectivo Código Civil, segundo o qual os acordos legalmente concluídos fazem lei entre as partes que o celebram e somente podem ser revogados através de novo acordo de vontades ou pelas causas autorizadas em lei. Imperativo observar que cumpria às partes contratantes e não ao Estado o poder de disciplinar e promover a revisão ou a extinção do contrato.

O princípio *pacta sunt servanda*, no entanto, perde força à medida em que surge a imperativa necessidade de equilíbrio entre as partes contratantes e ao tempo em que emerge a busca pelos valores inerentes à justiça social, que o Estado procura alcançar com a intervenção na ordem econômica. O princípio da função social do contrato assim como o princípio da equivalência material amenizam substancialmente a força obrigatória do

contrato. Não que ele tenha deixado de obrigar as partes contratantes, o que acarretaria insegurança às relações jurídicas e grave instabilidade no funcionamento do sistema e, por consequência, no tráfico jurídico que, repita-se, tem no contrato o seu principal instrumento. Pelo contrário, as partes pactuam direitos e deveres que são contraídos com o objetivo de vinculá-las mas tendo por limite o equilíbrio dessas obrigações. A obediência ao que foi avençado não mais é exercida cegamente: se sobrepõem à contratação o interesse social e o equilíbrio de poderes entre os contratantes.

O princípio da relatividade subjetiva ou da relatividade dos efeitos do contrato também predominou no direito contratual clássico do Estado liberal, quando o pacto vinculava exclusivamente as partes contratantes. Não há, no entanto, como sustentar a inoponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros. O modelo contratual contemporâneo tem no terceiro sua própria dimensão social, impossibilitando que os efeitos que advêm do contrato se limitem apenas às partes que o celebraram. Entre os princípios liberais, o da relatividade subjetiva foi o que maior limitação sofreu com o surgimento do Estado social, dado que, além da premência da observância do contrato pelo terceiro, sobre este recai muitas vezes os seus efeitos, quer individual, quer coletivamente, como no caso dos interesses difusos e coletivos, inclusive os dos consumidores.

A massificação contratual colaborou veementemente para a irradiação dos efeitos do contrato. E no direito do consumidor, onde o fenômeno é melhor observado, a relatividade subjetiva é ultrapassada, por exemplo, nos casos em que a responsabilidade civil do fornecedor pode ser imputada frente a terceiros que não fizeram parte do contrato de consumo. Explica Paulo Lôbo que “[...] o direito do consumidor rompe o princípio da relatividade subjetiva das obrigações negociais, projetando uma transeficácia que alcança terceiros atingidos pelo dano provocado pelo produto ou serviço, não figurantes do negócio jurídico” (2000, p. 4).

Exemplo significativo da mitigação do princípio contratual da relatividade subjetiva é o que diz respeito a tutela externa do crédito, a qual impõe ao terceiro o dever de abster-se de impedir ou dificultar o direito do credor no contrato. Trata-se de decorrência do dever de solidariedade social que exige de todos conduta de colaboração para que os atos lícitos atinjam seus fins sociais, impossibilitando que terceiro viole o direito de crédito, sem que a si seja imputada responsabilidade. Adverte Paulo Lôbo que a tutela externa do crédito atinge de forma indireta o princípio da relatividade subjetiva do contrato, já que não diz

respeito à oponibilidade do contrato mas da própria obrigação ou direito de crédito que pode eventualmente ser violado (2011b, p. 59).

Com o Estado social, os princípios clássicos passam a conviver com os princípios sociais do contrato, que não os eliminam, porém relativizam a sua aplicação numa interação harmônica. São eles o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato e o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual.

Os princípios sociais do contrato têm fundamento constitucional, mesmo não figurando explícita e diretamente na Constituição de 1988, alicerce do Estado social brasileiro. É possível identificar claramente no texto constitucional diversas normas que alimentam e servem de esteio à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao equilíbrio contratual. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a justiça social (arts. 3º, I e 170, *caput*), a solidariedade (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (arts. 3º, III e 170, VII), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III) e a defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V) compõem um conjunto de princípios que se aliam e se alinham a outras normas do sistema para dar sentido ao direito contratual da atualidade, voltado mais à realização do interesse social do que exclusivamente aos interesses das partes contratantes. Um ou mais de um princípio constitucional serve, aqui e ali, de fundamento aos princípios sociais do contrato. Como exemplos a solidariedade social, que serve de base ao princípio da boa-fé e, em conjunto com a justiça social e a redução das desigualdades sociais, dá sustentação ao princípio da equivalência material. A justiça social e a função social da propriedade, por sua vez, fundamentam o princípio da função social do contrato.

Como será visto adiante e no item 1.7.2 a seguir, é na legislação infraconstitucional, mais precisamente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, que são encontradas referências expressas aos princípios sociais do contrato. Essas normas, no entanto, extraem os fundamentos de sua validade na Constituição.

O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes conduta honesta e leal no âmbito do negócio jurídico. É regra de comportamento que obriga os contratantes e deve ser observada tanto no momento da celebração do contrato quanto no da execução, remanescendo até mesmo após a sua extinção. O tema será abordado em diversas passagens do presente

trabalho, dada sua importância na caracterização e no tratamento das situações de superendividamento.

Foi com o advento do CDC (Lei nº 8.078/90) que a boa-fé objetiva foi positivada no ordenamento brasileiro, figurando no inciso III do artigo 4º como princípio orientador das relações entre fornecedores de produtos e serviços, sendo observada também no inciso IV do artigo 51 e de resto em todo o corpo normativo do Código na forma de deveres gerais de conduta dela decorrentes, alguns alçados a condição de princípio autônomo nas relações de consumo, como a informação.

A boa-fé objetiva foi igualmente contemplada no Código Civil já em 2002, onde lhe são identificadas, de maneira sintética, três funções: a de norma de interpretação (art. 113), a de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 187) e a de norma criadora de deveres entre as partes contratantes (art. 422).

O princípio da função social do contrato é comando normativo disposto no artigo 421 do Código Civil, que se traduz na prevalência dos interesses sociais sobre os interesses individuais dos contratantes, sempre que aqueles se apresentarem. Os interesses sociais e individuais não se excluem mas se complementam, observando-se com prioridade entretanto, a repercussão do contrato no ambiente social.

Para Paulo Lôbo, “[...] o princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social” (2011a, p. 68).

Ricardo Lorenzetti, por sua vez, aponta que na contemporaneidade o contrato não é mais um assunto individual. Ao contrário, é uma instituição social que não repercute exclusivamente na seara dos contratantes. A sociedade quer e precisa que hajam bons contratantes, e isto, para o autor argentino – na esteira das lições de Francesco Messineo – caracteriza um novo “espírito contratual”, que denomina de “princípio da socialidade”, o qual impõe obrigações aos parceiros contratuais, que devem atuar com diligência e boa-fé, comportamentos estes que não têm sua fonte no contrato (2009, p. 30).

Já o princípio da equivalência material expressa a preocupação do direito com o desequilíbrio de poderes entre os contratantes e bebe na fonte da igualdade substancial, que lhe dá sentido. Seu fundamento constitucional, como visto, é encontrado nos princípios da

solidariedade (art. 3º, I), da justiça social (art. 3º, I e 170, *caput*) e da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III e 170, VII). Seu objetivo é equacionar o real equilíbrio de direitos e deveres no contrato, desde antes de sua celebração até após a sua execução, buscando impedir excesso de vantagens ou onerosidades a um dos contratantes.

É a contratação justa que o princípio da equivalência material busca alcançar. Esse fim, no entanto, não pode ser atingido sem a incidência dos demais princípios sociais. Justo será o contrato que, fundado no primado da boa-fé, exerça função social e equacione equilíbrio entre os poderes das partes contratantes.

Rodrigo Toscano de Brito, em estudo específico sobre a equivalência material nos contratos em geral, defende que a ideia de equilíbrio se pauta em duas importantes noções de direito constitucional, a proporcionalidade e a razoabilidade, que devem ser também almejadas para o atingimento da justiça contratual. Sobre o princípio da proporcionalidade deve repousar a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa – contratual na espécie – e o meio utilizado pelos contratantes para alcançá-la. A razoabilidade, por sua vez, é um componente que deve se fazer presente também nas estipulações contratuais, já que supõe harmonização de interesses conforme à razão, a moderação, o equilíbrio. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade compõem, dessa maneira, o conteúdo da equivalência material (2007, p. 13).

Em pertinente abordagem, o mesmo autor, ainda que reconhecendo que o desequilíbrio no contrato se forma em função da vulnerabilidade de um dos contratantes, defende que, mesmo onde ela não se faça presente, como no caso dos contratos celebrados entre empresas, onde os figurantes são presumivelmente iguais, há que se buscar sempre a equivalência material, que pode se fazer necessária em virtude de um desequilíbrio objetivo que venha a emergir da relação contratual:

Por isso, do ponto de vista principiológico, não se pode diferenciar a natureza do contrato, ou seja, se civil, empresarial, de consumo ou qualquer outro. Se a ótica é do equilíbrio, este deve ser observado em qualquer contratação, devendo-se admitir que, nos contratos que contam com a participação de contratantes vulneráveis, seja mais usual o chamamento do princípio e, certamente, maior a intervenção estatal (2007, p. 21).

Esse ponto de vista é defensável na medida em que se possa considerar a vulnerabilidade hoje como um princípio autônomo, que chama para si a equivalência material

do contrato. Esta deverá ocorrer sempre se um dos contratantes for vulnerável mas pode ser alcançada também nas situações em que o equilíbrio se faça necessário.

Verifica-se assim que os princípios individuais do direito contratual convivem hoje com os princípios sociais adotados pelo ordenamento, todos “[...] correspondentes ao modelo constitucional de Estado social” (LÔBO, 2011, p. 57). Na verdade, esses princípios contratuais se interligam e em sua aplicação se deve procurar sempre a harmonização, o que é facilitado sobremaneira com a interlocução entre as duas principais fontes legislativas do direito privado, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. A função social do contrato, a boa-fé objetiva e a equivalência material, no entanto, como princípios sociais que são, devem prevalecer sempre em caso de colisão com os princípios do direito contratual clássico, isto em função da nítida opção do projeto constitucional brasileiro pela justiça social.

#### 1.7.2 Princípios contratuais no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Conforme verificado no decorrer deste Capítulo, os princípios contratuais, tal qual a própria teoria geral dos contratos e o direito de uma maneira geral, refletem um dado momento histórico e sofrem influência direta das mudanças ocorridas na sociedade. No caso do contrato, instrumento que é da circulação de riquezas, esses influxos são nítidos e precisos. É no período pós-revolucionário, na passagem entre os séculos XVIII e XIX, que se delineia o contrato como reflexo da liberdade de escolha do indivíduo, da autonomia de sua vontade. A ideologia do Estado liberal teve no contrato a tradução do predomínio da vontade individual e o vínculo que se estabelecia entre os contratantes não podia ser violado nem mesmo pelo Estado. A autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a relatividade dos seus efeitos apenas às partes contratantes formam a tríade de princípios que regem o modelo clássico de contrato. Com a instituição do Estado social, caracterizado pela intervenção na ordem econômica, outros princípios surgem e a teoria contratual passa a refletir o predomínio do interesse social sobre o particular. Os princípios liberais permanecem vigentes mas são mitigados pela aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio do contrato, sempre que estes princípios sociais se fazem presentes.

A codificação liberal, representada pelos chamados “códigos oitocentistas”, teve no direito privado brasileiro como maiores expoentes o Código Comercial de 1850 e

posteriormente, já no século XX, o Código Civil de 1916. A base normativa de sua teoria contratual foi pautada nos princípios clássicos já mencionados. As mudanças trazidas com o Estado social, que no Brasil foi instituído com a Constituição de 1934, se voltaram em direção ao direito privado. O Código Civil liberal, no entanto, perpassou todo o século XX em descompasso com a ordem constitucional estabelecida. Esse descompasso se agravou até que verdadeiro abismo se apresentou com a promulgação da Constituição de 1988, o que foi atenuado com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e depois com o Código Civil de 2002. O CDC traz grandes mudanças paradigmáticas e dá nova face ao direito privado brasileiro, no que foi seguido pelo novo Código Civil que, provavelmente pela demora em sua tramitação nas Casas Legislativas, trouxe avanços no trato de diversos institutos mas não se libertou totalmente da carga liberal herdada do antigo diploma.

O princípio da boa-fé objetiva é encontrado na Parte Geral do Código Civil como norma geral de interpretação dos negócios jurídicos, categoria da qual o contrato é a principal espécie. O artigo 102 determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Também figura na Parte Geral do Código como norma limitadora do exercício de direitos subjetivos, quando, ao tratar dos atos ilícitos, atribui a lei o seu cometimento àquele que, no exercício de um direito de que seja titular, excede os limites impostos pela boa-fé (art. 187).

O livro dos Contratos no Código Civil atribui ao princípio da boa-fé objetiva a função de norma criadora de deveres entre as partes contratantes, quando em seu artigo 422 obriga os parceiros contratuais a atendê-lo tanto na conclusão quanto na execução do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, como visto, positivou o princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro, impondo sua observância nas relações entre fornecedores e consumidores com vistas a harmonização dos interesses das partes nas relações de consumo (art. 4º, III). Forçoso entretanto admitir que, embora a norma se dirija a fornecedores e consumidores, é aos primeiros que ela se impõe, dada a sua vulnerabilidade presumida. A boa-fé também é encontrada no inciso IV do artigo 51, que versa sobre as cláusulas contratuais abusivas, como norma de calibragem da própria compatibilidade das estipulações contratuais entre fornecedores e consumidores. Vedadas estão as cláusulas e condições gerais nos contratos de consumo, que sejam incompatíveis com a boa-fé.

A boa-fé objetiva permeia todo o corpo normativo do Código de Defesa do Consumidor, dela decorrendo diversas normas de conduta como a que estabelece como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva e outros métodos e práticas comerciais desleais (art. 6º, IV); ou a que veda ao fornecedor a elevação do preço de produtos ou serviços sem causa que a justifique (art. 39, X); ou ainda a que prescreve que o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo ou submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42). Registro especial merece o dever de informação que, dada a sua fundamental importância nas relações jurídicas de direito do consumidor, destacou-se da boa-fé para assumir posição de princípio autônomo. De fato, o próprio CDC concebeu a informação como princípio (art. 4º, IV) e como direito básico do consumidor (art. 6º, III). Diversos dispositivos do código salientam a relevância da informação nas relações de consumo, como os artigos 8º, 9º, 30, 31 e 43. Imperativo salientar a importância da informação no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor (art. 52) dada sua aderência ao tema objeto do presente trabalho.

O princípio da função social do contrato está previsto explicitamente no artigo 421 do Código Civil. Nele, a função social exsurge como limite à liberdade de contratar. O Código de Defesa do Consumidor não o prevê expressamente, o que seria desnecessário na opinião de Paulo Lôbo, já que o CDC é “[...] a própria regulamentação da função social do contrato nas relações de consumo” (2002b, p. 5). Para o mesmo autor, esse princípio, que como já se viu tem fundamento constitucional, é a maior inovação já ocorrida no direito contratual (2011a, p. 68).

O princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual foi contemplado em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, disciplinando-lhe de maneira expressa o Código Civil apenas quando versa sobre o contrato de adesão e determina a nulidade da cláusula que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424), vedando o desequilíbrio nas estipulações contratuais. No CDC o equilíbrio contratual se materializa no inciso V do artigo 6º, que estabelece como direito básico do consumidor “[...] a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, o que se complementa com a vedação às cláusulas abusivas previstas no rol exemplificativo do artigo 51. A equivalência material também se encontra presente na determinação da harmonização dos interesses dos participantes das relações de

consumo com base no equilíbrio dessas relações (art. 4º, III); na caracterização da prática abusiva consistente em exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V); na determinação de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47); ou ainda na sanção de nulidade da cláusula que prescreva a perda total das prestações pagas pelo consumidor em benefício do credor nos contratos de compra e venda mediante pagamento em prestações ou de alienação fiduciária em garantia, no caso de ser pleiteada a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (art. 53).

A manifestação dos princípios sociais do contrato de maneira difusa na legislação somente reforça a coerência do sistema normativo construído em consonância com os ditames do Estado social e cujas disposições devem sempre ser interpretadas tendo como norte as normas da Constituição.

## **CAPÍTULO II – VULNERABILIDADE E PROTEÇÃO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR**

*Sumário:* 2.1 – A vulnerabilidade como princípio de direito do consumidor. 2.2 – Vulnerabilidade e hipossuficiência. 2.2.1 – Os diversos tipos de vulnerabilidade do contratante consumidor. 2.2.2 – Os consumidores hipervulneráveis. 2.3 – A proteção do contratante consumidor. 2.3.1 – O princípio da defesa do consumidor. 2.3.2 – A boa-fé nas relações de consumo. 2.3.3 – A informação como princípio de direito do consumidor.

### **2.1 A VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO DO CONSUMIDOR**

É possível afirmar, sem que se incorra em exagero, que a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do direito protetivo do sujeito consumidor. Fundamento e princípio máximo que rege as relações jurídicas de consumo, a vulnerabilidade demanda a norma de proteção.

Autores há que não veem na vulnerabilidade o fundamento da norma de proteção, que residiria na necessidade de equilíbrio da relação jurídica. É o caso de Cláudia Lima Marques, que enxerga a vulnerabilidade como uma “explicação” das regras de proteção, na qual se baseia o legislador; uma técnica de aplicação dessas regras para que se atinja a igualdade material (2012, p. 117). Paulo Lôbo, por sua vez, vê a vulnerabilidade como um subprincípio da equivalência material, o aspecto subjetivo desse princípio contratual, admitindo porém sua autonomia nos contratos de consumo (2013, p. 10).

Ainda que nítida e manifesta a relação entre o princípio da equivalência material e o da vulnerabilidade, admitindo-se inclusive o último como decorrência do primeiro, não há como não se reconhecer sua plena autonomia no direito do consumidor.

O princípio da vulnerabilidade se destacou do princípio da equivalência material, o qual se aplica aos contratos em geral, para obter autonomia nas relações de consumo, onde a vulnerabilidade assume condição de presunção absoluta.

A vulnerabilidade é um subprincípio de origem constitucional decorrente, em última análise, do *caput* do artigo 5º, que preconiza a igualdade de todos. A vulnerabilidade decorre então do princípio da igualdade e tem aplicação no microsistema representado pelo Código de Defesa do Consumidor, onde figura expressamente (art. 4º, I) e dá concreção ao comando constitucional de promoção da defesa do consumidor. A equivalência material, que se traduz na igualdade dita substancial, aperfeiçoa a igualdade proclamada na cabeça do artigo 5º referido para tornar o equilíbrio entre as partes do contrato uma realidade. Erigida à condição de princípio contratual, a equivalência material tem eficácia em todas as espécies contratuais, lançando porém a vulnerabilidade para a categoria dos contratos de consumo, dada a peculiar situação jurídica do sujeito consumidor.

Detendo *status* constitucional, o princípio da vulnerabilidade, também se encontra implícito no comando do inciso XXXII do mesmo artigo 5º da Carta de 1988, segundo o qual o Estado promoverá a defesa do consumidor. Em um raciocínio lógico, não é de admitir-se que o legislador Constituinte se ocupasse de tal determinação caso não entendesse pela necessidade de proteção da parte mais fraca da relação jurídica. E se a justiça social norteia a ordem econômica do Estado social brasileiro, que tem na defesa do consumidor um de seus princípios, esta se justifica também na vulnerabilidade do consumidor. Como visto, a vulnerabilidade do consumidor está explicitada no inciso I, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, como um dos princípios da política nacional de relações de consumo.

No direito do consumidor, o princípio da vulnerabilidade é comando normativo que determina o reconhecimento da situação de debilidade em que se encontra um dos contratantes. Desse reconhecimento surge a premência pelo equilíbrio na relação jurídica e a necessidade de proteção do consumidor, o contratante vulnerável.

A doutrina representativa do direito privado tradicional, de matiz conservadora, tem resistido a reconhecer o intervencionismo necessário à proteção do sujeito vulnerável da relação jurídica travada entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

Ricardo Lorenzetti afirma, entretanto, que as medidas protetivas que visam equilibrar dita relação jurídica se originam de antigas doutrinas. São ampliações de ferramentas que protegeram especificamente o indivíduo contra o erro e a coação:

Por isso, se trata de regras que se orientam a garantir a autonomia da vontade real, o que exige: - Que não existam desigualdades econômicas que atuem como uma coação determinante do consentimento, isto é, garantir a liberdade real; - que exista informação para que o sujeito possa optar racionalmente, isto é, que haja discernimento (2009a, p.38).

Ricardo Aronne defende o princípio da vulnerabilidade do consumidor como densificador do princípio da isonomia contratual, o qual por sua vez concretiza o princípio da igualdade (2001, p. 71).

Assevera o mesmo autor que “[...] pensar principiologicamente, dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção inter-subjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema, que o horizonte da principiologia abre para o operador do direito” (2001, p. 76).

O que parece haver ocorrido é que o direito clássico positivou o pressuposto jurídico da igualdade entre os contratantes, o que veio a evoluir para a instituição do princípio da equivalência material. O direito do consumidor, por sua vez, positivou o pressuposto jurídico da desigualdade entre os contratantes, instituindo o princípio da vulnerabilidade. O resultado é o mesmo: uma escolha do Estado social partindo da proteção da pessoa em direção ao patrimônio e não o contrário.

Importante observar que, não obstante inexista hierarquia entre as normas principiológicas, há princípios de ordem geral que se aplicam a qualquer relação jurídica, como os da igualdade e legalidade e há outros que são aplicados em mais de uma disciplina, como o do devido processo legal e o do contraditório. Princípios há porém que, decorrentes ou não de outras normas, têm sua aplicação restrita a uma espécie de situação jurídica, como é o caso do princípio da eficiência da Administração pública para o direito administrativo e o da vulnerabilidade para o direito do consumidor.

Assim é que o princípio da vulnerabilidade, de perfil constitucional, se faz fortemente presente no ordenamento jurídico brasileiro e é de imperativa observância. A vulnerabilidade do consumidor é, para se utilizar de uma metáfora, a viga mestra do direito protetivo do consumidor, princípio que estrutura o regime jurídico a ele reservado.

## 2.2 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Forçoso, a essa altura, registrar e tecer críticas a uma confusão conceitual bastante recorrente na doutrina e na jurisprudência e que ocorre entre as definições de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. É comum se deparar com o uso indiscriminado dos termos, ora usando-os como sinônimos, ora diferenciando-os, porém dando aos mesmos significados diversos dos seus conceitos técnicos. Até porque ambos se aproximam, apresentando entretanto acepções técnico-jurídicas distintas.

Doutrina abalizada como a de Ricardo Lorenzetti tem os termos vulnerabilidade e hipossuficiência como sinônimos (2009, p. 36). Paulo Lôbo assegura que os conceitos não se confundem, reconhecendo a vulnerabilidade como determinada posição contratual em que se inserem pessoas merecedoras de proteção e a hipossuficiência como “[...] conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais” (2013, p. 4). O aspecto econômico também é salientado por Cláudia Lima Marques na definição de hipossuficiência, que no entanto a aproxima do significado de uma das espécies de vulnerabilidade – a vulnerabilidade fática – e que terá aplicação no ambiente do direito processual (2011, p. 332).

A vulnerabilidade do contratante consumidor, cujo reconhecimento foi erigido à condição de princípio do respectivo direito protetivo, se consubstancia em um pressuposto que representa a fragilidade, a debilidade, uma desigualdade específica do consumidor frente ao outro sujeito da relação jurídica de consumo, o fornecedor de produtos e serviços. É pressuposto da referida relação jurídica e do próprio direito do consumidor, que nela se baseia. É presunção absoluta que deve o intérprete adotar compulsoriamente ao identificar o consumidor entre as partes da relação.

A hipossuficiência deve ser compreendida como o estado em que o sujeito se encontra quando carente ou desprovido de algo, ainda que parcialmente. Em sua acepção jurídica, a hipossuficiência pode ser definida como a ausência de condições econômico-financeiras ou técnico-jurídicas a que está submetido o indivíduo. Embora tenha seu significado vinculado a situações de direito material, é no direito processual que o termo tem aplicação, como acima sinalizado.

De fato, inobstante haja uma tendência a se achar que o termo hipossuficiência nasceu com o direito do consumidor, já desde o advento da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de

1950, a carência de recursos financeiros que impedem o indivíduo de litigar em juízo – e aqui se vislumbra o aspecto meramente econômico da hipossuficiência – obriga o Estado a conceder-lhe os benefícios da assistência judiciária, isentando-o do pagamento das custas processuais, honorários de advogado e demais despesas processuais.

No direito do consumidor, quis o legislador infraconstitucional por sua vez, que fosse reconhecida a hipossuficiência quando ele consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência, apresente dificuldades para produzir prova em seu favor, no processo civil (art. 6º, VIII, CDC).

As principais definições de hipossuficiência segundo a lei são o estado de pobreza para obtenção dos benefícios da justiça gratuita (art. 4º, Lei 1.060/50) e a que diz respeito à inversão do ônus da prova no processo (art. 6º, VIII, CDC). Imperativo observar que neste último caso não há correlação necessária com a condição econômica das partes. A dificuldade para produzir a prova pode estar ligada a um obstáculo de outra ordem, como a retenção por parte do fornecedor de elementos e informações a que o consumidor não tem acesso.

Ao discorrer sobre o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade como forma de justificar o caráter protecionista do Código de Defesa do Consumidor, bem como legitimar sua aplicação, Heloisa Carpena reforça sua diferença do conceito de hipossuficiência:

É importante destacar que esse princípio não deve ser confundido com a noção de hipossuficiência, conceito que se aplica só no âmbito processual e que exprime situação na qual se acha o consumidor quando se depara com grave obstáculo à obtenção da prova do fato constitutivo de seu direito (2004, p. 36).

Em verdade, a comprovação da hipossuficiência do consumidor é um requisito para a inversão do ônus da prova e sua função prestante se limita a essa perspectiva. Será feita a análise do caso concreto pelo juiz que, à luz de vários elementos que possam determinar a condição de hipossuficiente ao consumidor, como por exemplo, sua capacidade econômica ou seu grau de instrução, determinará a inversão do *onus probandi*.

Hipossuficiente é então aquele que, demonstrando se encontrar em condição desprivilegiada, recebe o amparo da lei para obter, no caso concreto, benefícios de ordem processual: a justiça gratuita ou a inversão do ônus da prova. Aferida em virtude de um desconhecimento técnico, informacional ou de outra ordem, é no processo civil que a hipossuficiência será considerada para os fins previstos na lei.

É possível afirmar que a avaliação da hipossuficiência do consumidor está vinculada à prudência judicial (PODESTÁ, 2011, p. 73), cabendo ao magistrado, ao aplicar o direito básico do consumidor à facilitação de sua defesa no processo civil, decidir se reconhece ou não a necessidade da inversão do ônus da prova a seu favor.

Há autores que concebem a hipossuficiência como espécie do gênero vulnerabilidade, sendo esta última norma cogente que deve ser aplicada em todas as relações de consumo, e aquela a ser analisada pelo magistrado no caso concreto, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando-se “[...] quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira” (NISHYAMA, 2010, p. 18).

De onde se conclui que, sob a perspectiva jurídica, a vulnerabilidade é instituto de direito material e a hipossuficiência instituto de direito processual. Uma e outra são atributos fáticos, tendo a vulnerabilidade caráter absoluto para as relações de consumo.

Não há, portanto, que se confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. Vulnerável será todo e qualquer consumidor, o qual nem sempre será considerado hipossuficiente.

### 2.2.1 Os diversos tipos de vulnerabilidade do contratante consumidor

Após a distinção entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, necessário se faz conhecer quais as espécies de vulnerabilidade a que está sujeito o consumidor.

Ricardo Luiz Lorenzetti apresenta duas grandes categorias de vulnerabilidade: a econômica e a cognoscitiva. Para o jurista argentino, a vulnerabilidade econômica também denominada fática se refere a uma situação de fato que já existe antes mesmo da decisão do consumidor para o ato de consumo. Faz parte da própria condição de consumidor e está relacionada à desigualdade econômica, que o referido autor chama de falha no sistema de regras do mercado. Já a vulnerabilidade cognoscitiva está ligada ao conceito de informação e pode se apresentar em três modalidades: técnica, que é presumida no caso de consumidor não profissional que não possui conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço; jurídica, que

corresponde à falta de conhecimentos específicos para a contratação; e aquela que se estabelece no comércio eletrônico, onde as assimetrias se acentuam. Lorenzetti destaca a vulnerabilidade na contratação eletrônica porque o *déficit* cognoscitivo ou informacional pode atingir não só o produto ou serviço mas também o meio utilizado para a contratação. O comércio realizado por meio eletrônico, que se utiliza de tecnologia cada vez mais complexa, se apresenta ao consumidor de maneira simples e intuitiva, tentando demonstrar uma falsa simplicidade no modo de contratar. Nele é também ocultada uma grande quantidade de informações que permanecem no âmbito de controle do provedor. Com relação a este último aspecto, assevera o autor que a tecnologia incrementa a vulnerabilidade dos consumidores: “Esta nova realidade apresenta particularidades porque a publicidade dentro do lar, abrange todo o grupo familiar, gerando expectativas e comportamentos orientados ao consumo que resultam irresistíveis, produzindo conflitos familiares.” (2009, p. 42).

No Brasil, é utilizada como parâmetro a classificação levada a efeito por Cláudia Lima Marques, que apresenta quatro tipos de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional (2011, p. 323).

A ausência de conhecimento específico sobre o produto ou serviço que está sendo adquirido caracteriza a vulnerabilidade técnica. De fato, esse desconhecimento sobre as especificações ou a própria utilidade do bem pode levar o adquirente a ser facilmente enganado ou no mínimo provocar um equívoco do consumidor na escolha ou aceitação do produto ou serviço, como é de ver-se das inúmeras práticas verificadas no mercado de consumo e que abarrotam o atendimento nos órgãos de defesa do consumidor e no Poder Judiciário. A vulnerabilidade técnica está umbilicalmente ligada a outro princípio das relações de consumo, apontado também como direito básico do direito do consumidor, que é a informação (art. 4º, IV c/c art. 6º, III, CDC).

A vulnerabilidade jurídica, que a autora chama também de científica, se apresenta quando o contratante não possui conhecimentos jurídicos específicos, assim como de contabilidade ou economia, o que implica, no mais das vezes, na falta de condições de bem interpretar o negócio a ser realizado. Presente igualmente aqui o princípio da informação, dado que esse tipo de vulnerabilidade impõe ao fornecedor o dever de informar inclusive sobre o conteúdo do contrato.

A superioridade do fornecedor de produtos e serviços, quer por sua posição de monopólio, quer pelo seu poder econômico, ou mesmo em razão da essencialidade, no caso do serviço, acarreta o que Cláudia Lima Marques define como vulnerabilidade fática ou socioeconômica do consumidor (2011, p. 331), aproximando-se da definição acima, apresentada por Lorenzetti.

A noção de vulnerabilidade informacional foi acrescentada pela jurista do Rio Grande do Sul na 5ª edição de sua obra mais conhecida “Contratos no Código do Consumidor”, mais uma vez em razão da importância do princípio da informação nas relações de consumo, caracterizando-se dita espécie de vulnerabilidade pelo *déficit* informacional do consumidor em um “mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco”. Por vezes, até o excesso de informação pode ser prejudicial ao consumidor, já que dificulta a compreensão, pelo mesmo, do que realmente é necessário conhecer acerca de tal ou qual produto ou serviço (2011, p. 335). Exemplos práticos não faltam para a caracterização da vulnerabilidade informacional, também chamada por Cláudia Lima Marques de vulnerabilidade básica: a comercialização de alimentos geneticamente modificados, a publicidade de tabaco e medicamentos (art. 220, CR), o comércio *on line* de produtos e serviços e a contratação de crédito são alguns.

O legislador brasileiro optou pela presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor, servindo a classificação para a identificação das causas dessa debilidade intrínseca à própria definição de consumidor.

### 2.2.2 Os consumidores hipervulneráveis

Em verdade, como já visto, a vulnerabilidade traduz uma situação de fragilidade, que no caso do consumidor, é inerente a sua própria condição de sujeito da relação jurídica de consumo.

Há entretanto algumas categorias de consumidores que, devido a condições diversas, possuem uma vulnerabilidade qualificada ou potencializada. Para identifica-los, parte da doutrina e a jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, vêm utilizado o prefixo “hiper” junto ao termo vulnerabilidade, na tentativa de denotar a qualidade que têm alguns consumidores de deterem uma vulnerabilidade acentuada.

A expressão teria sido utilizada inicialmente pelo Ministro Antônio Herman Benjamin em suas decisões no STJ (RESP. 586316/MG – proteção dos consumidores portadores de doença celíaca; REsp. 1188105/RJ – registro de marcas voltadas ao público infantil), sendo adotada posteriormente por boa parte da doutrina consumerista (MARQUES, 2012, p. 184).

Cumprir verificar a utilidade do termo hipervulnerabilidade para caracterizar e distinguir categorias de consumidores. Na célebre frase contida no já mencionado discurso proferido por John Kennedy no Congresso norte-americano em 1962, “consumidores somos todos nós”. De forma que os consumidores, todos eles, se encontram como tal e por consequência, em situação perene de vulnerabilidade.

Há no entanto consumidores que se apresentam em situação de vulnerabilidade acentuada, em virtude de condições físico-psíquicas que exigem uma proteção ainda mais rigorosa. É o caso, por exemplo, das crianças e adolescentes, assim como dos portadores de deficiência e dos idosos. São consumidores que detêm uma espécie de vulnerabilidade qualificada, consumidores que estão em situação débil em função de características específicas, particularidades que os diferenciam dos consumidores em geral.

No caso específico das crianças e dos adolescentes, estes não têm completado seu ciclo de formação intelectual, carecem de experiências e até de discernimento para efetuar suas escolhas de consumo, necessitando por isso de especial proteção.

A vulnerabilidade qualificada da criança e do adolescente decorre de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e é alicerçada pelo próprio texto constitucional, que no *caput* do artigo 227, prescreve ser dever de todos a garantia de diversos direitos fundamentais à criança e ao adolescente, além da salvaguarda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E não por outro motivo estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069, de 13.07.1990), em seu artigo 15, que “[...] a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

O Código de Defesa do Consumidor não se furtou à tarefa imputada pelo legislador constituinte, ao estabelecer que qualquer prática comercial que venha a se aproveitar da fraqueza ou ignorância do consumidor, considerando sua idade e conhecimento, será considerada abusiva (art. 39, IV).

E na seara da publicidade, existe no Código do Consumidor brasileiro norma ainda mais específica reconhecendo a vulnerabilidade qualificada do consumidor infantil, considerando-se igualmente abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento da criança (art. 37, § 2º).

A vulnerabilidade qualificada das crianças e adolescentes contrasta e, paradoxalmente, se liga a dados divulgados em pesquisas realizadas recentemente, nas quais é demonstrado que esse público é quem vem definindo os hábitos de consumo das famílias e até a própria aquisição de produtos e serviços pelos adultos. Estudo realizado pela empresa Millward Brown Brasil e divulgado pelo IBOPE (IBOPE, 2010) dá conta de que o acesso à rede mundial de computadores (Internet), através de tecnologias cada vez mais sofisticadas, tem direto e importante impacto sobre a questão.

Outra categoria de consumidores que apresenta vulnerabilidade acentuada é a dos idosos, a quem a Constituição da República igualmente outorgou o direito de proteção por parte do Estado, da família e da sociedade (art. 230, *caput*). A lei estabelece ao maior de sessenta anos a condição de idoso (art. 1º, Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso). Para o direito do consumidor, a diminuição de suas aptidões físicas e por vezes intelectuais, fragiliza o idoso e o deixa em situação de extrema desvantagem frente ao fornecedor de produtos e serviços, quer pela maior dificuldade em entender a atividade comercial e seus elementos muitas vezes complexos, quer pela dependência aos fornecedores de determinados serviços essenciais e cativos, a exemplo dos de saúde suplementar, mais precisamente os que são prestados por planos de saúde. E embora não haja dispositivo específico no Código de Defesa do Consumidor dirigido ao idoso, as regras acima mencionadas para a proteção da criança se projetam sobre o consumidor idoso.

Relevante questão relativa ao idoso é a prestação de serviços bancários, em especial a concessão dos chamados empréstimos com pagamento consignado em folha, permitidos pela previdência social aos aposentados. Muitos desses contratos são celebrados com a finalidade de atender a necessidades básicas do idoso e de sua família ou cuidadores,

existindo em geral abusivo *déficit* informacional por parte das instituições financeiras, principalmente sobre os riscos do negócio, o que gera muitas vezes situações de superendividamento.

No que concerne ao consumidor de crédito, há quem defenda em alguns casos certo agravamento em sua vulnerabilidade, independentemente de ser ou não idoso. É o caso dos consumidores que se utilizam de empréstimo bancário com vistas ao atendimento de suas necessidades essenciais, como alimentação, vestuário, educação e serviços de água e luz. Nesta condição, em uma situação de reduzida autonomia privada, o consumidor perde até mesmo a capacidade de decidir ou não pela utilização do crédito, muitas vezes ofertados em caixas eletrônicos onde com o toque apenas de uma tecla o contrato é firmado sem direito ao arrependimento. Para Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira, “[...] quando a contratação do crédito deixa de ser uma opção ao incremento do bem-estar, para ser a única alternativa viável frente à necessidade, não há propriamente liberdade de escolha” (2014, p. 63).

A expressão hipervulnerabilidade, se ainda não convenceu a todos acerca de sua adequação, é usada como forma de demonstrar a vulnerabilidade qualificada, acentuada, agravada. Essa a razão do uso corrente do termo. Hipervulnerável é o consumidor que necessita de uma proteção diferente, através de uma discriminação positiva.

### 2.3 A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR

A partir da década de 60 do século passado, a comunidade internacional passou a se preocupar mais detidamente com a proteção jurídica do sujeito mais vulnerável da relação de consumo.

Nos Estados Unidos já nessa época, muitas foram as leis editadas com a finalidade de proteger o consumidor, obviamente dentro da lógica liberal de mercado utilizada naquele país. Entre outros textos legais, é possível destacar o *Consumer Credit Protection Act*, de 1969, no qual foram incluídas outras leis editadas posteriormente.

Na França, desde 1978, a proteção passou a se dar através de leis esparsas. Em 1993 foi editado o Código do Consumo francês (*Code de la Consommation*), na verdade mais uma consolidação do que propriamente um código, já que promoveu a reunião das referidas leis dispersas (CALAIS-AULOY, 2000).

Lei alemã de 1976 sobre as condições gerais dos contratos teve grande influência sobre diversas Diretivas da Comunidade Europeia e também serviu de parâmetro para o Código brasileiro de 1990. Com as reformas de 2000 e 2002, as leis especiais de proteção ao consumidor da Alemanha foram incorporadas ao Código Civil de 1900 (BGB). No dizer de Cláudia Lima Marques, a opção alemã se voltou para um direito civil geral e social, ao mesmo tempo:

Hoje, as relações de consumo são Direito Civil geral na Alemanha. Estas relações mistas entre um fornecedor e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (§ 13 e § 14 do BGB), são Direito Civil, não Direito Comercial ou Direito Econômico, como muitos defendiam. O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores (2001, p. 272).

No entanto, a gênese do desenvolvimento da legislação protetiva do consumidor na Alemanha é apontada como sendo a Lei sobre Vendas Parceladas, de 1894 (HAMMEN, 2009, p. 265). De um modo geral, porém, a partir de 1900, a proteção dos economicamente mais fracos na Alemanha passou a se dar por meio do Código Civil (BGB).

Sobre a mencionada lei sobre Vendas Parceladas discorre Karl Larenz:

No âmbito da normativa sobre compra e venda existe a necessidade de proteger o comprador, principalmente no caso de compras a prazo. Isso já reconheceu o legislador antes da entrada em vigor do Código Civil, e neste sentido criou tal proteção mediante a lei de 16 de maio de 1894, relativa às vendas a prazo. As compras a prazo, no que diz respeito ao comprador exposto aos atrativos das variadas ofertas de bens e serviços, trazem consigo o perigo de que ele, para chegar prontamente a possuir os bens desejados, assuma obrigações de pagar que, com o tempo, destruirá seu potencial econômico (1978, p. 72).

Essa lei foi ampliada em 1970 para exigir do vendedor informações precisas quanto à discriminação dos valores a serem pagos, em especial a diferença entre a quantia total a ser paga e aquela que o comprador pagaria se efetuasse a compra a vista (LARENZ, 1978, p. 72).

Não se deve fugir ao registro de que Portugal e Espanha foram os primeiros países a erigir a proteção do consumidor ao *status* de norma constitucional.

A Constituição espanhola foi a primeira a enfrentar a temática, prescrevendo em seu artigo 51:

1. Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos.
2. Os poderes públicos promoverão a informação e a educação dos consumidores e usuários, fomentarão suas organizações e as ouvirão nas questões que possam afetá-los, nos termos estabelecidos em lei.
3. De acordo com o estabelecido nos números anteriores, a lei regulará o comércio interior e o regime de autorização de produtos comerciais.

Já a Carta portuguesa, de 2 de abril de 1976, com a revisão em 1982, passou a disciplinar a proteção do consumidor em seus artigos 81, “j”, e 102, “e”:

Art. 81. Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

(...)

j) Proteger o consumidor.

Art. 102. São objectivos da política comercial:

(...)

e) A protecção dos consumidores.

No âmbito do direito internacional, vários documentos da Assembleia das Nações Unidas e do Conselho da Europa foram firmados, tendo a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem estabelecido como direitos de todo o consumidor: o direito à segurança; o direito de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; o direito de escolher sobre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental. Segundo Newton de Lucca, o Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, já carregava o embrião do direito do consumidor, ao estabelecer, entre os objetivos da política agrícola comum, o de assegurar preços razoáveis nas vendas aos consumidores (art. 39, “e”). Outros dispositivos do mesmo Tratado trazem comandos normativos que indicam a propensão à proteger o consumidor. No entanto, é apontada como a origem dos direitos básicos do consumidor, em nível internacional, a Resolução 39/248, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 9 de abril de 1985 (2000, p. 29).

Ainda na Europa, a Diretiva 92/59/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 29 de junho de 1992, foi adotada com o objetivo de garantir a segurança dos produtos colocados no mercado.

No âmbito do Mercosul, Brasil e Argentina possuem avançado sistema de proteção ao consumidor e legislações harmônicas, tendo o Código brasileiro exercido grande influência sobre os demais países do bloco.

Com a reforma ocorrida em 1994, a Constituição argentina passou a estabelecer, em seu artigo 42, que “[...] os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; a uma informação adequada e veraz; à liberdade de eleição e à condições de trato equitativo e digno”. Entretanto, Lei de 1993 (*ley nacional argentina 24.240 de defensa del consumidor*, posteriormente modificada pela *ley nacional argentina 24.999*, de 1998) já continha exigências destinadas a evitar danos derivados de produtos, ao impor aos empresários deveres preventivos de informação e de segurança na produção e comercialização (STIGLITZ, 1999, p.10).

No Brasil, a proteção do contratante consumidor se dá por força de explícita determinação constitucional. O legislador constituinte, elegendo a defesa do consumidor como direito fundamental, determinou ao Estado que a promovesse na forma da lei (art. 5º, XXXII, CR). A lei a que se refere o dispositivo constitucional é a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, elaborado também por ordem expressa contida no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Além de direito fundamental, a defesa do consumidor foi erigida à condição de pilar da nova ordem econômica instituída para o Estado social brasileiro, como princípio a ser observado para que se possa alcançar o objetivo de assegurar a todos a existência digna ali propagada, segundo os ditames da justiça social (art. 170, V, CR). O Código de Defesa do Consumidor é expressiva manifestação, no campo legislativo, da constitucionalização do direito privado. Nasce a partir da Constituição e nela encontra os fundamentos de validade de suas normas.

Sendo o contrato o principal instrumento de circulação dos produtos e serviços, é em função e através dele que se dá a proteção ao consumidor. Para Cláudia Lima Marques, o contrato de consumo é um ponto de encontro de direitos fundamentais, inclusive o da própria proteção do consumidor. Este, uma vez indicado pela própria Constituição como agente econômico vulnerável, trouxe para si a determinação constitucional de proteção:

A nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais (2011, p. 258).

A mesma autora explica que, ao ordenar a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor com vistas a proteger esse sujeito de direitos, a Constituição moldou uma nova

visão do contrato, mais social e teleológica, no qual devem realizar-se as legítimas expectativas desse sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (2011, p. 258).

Refletido então na Lei 8.078/90, o comando constitucional de proteção do consumidor se projeta da maneira mais ampla possível no contrato, abrangendo desde as tratativas ou o momento da formação do contrato, passando pelo momento de sua execução, e atingindo até mesmo o momento posterior à extinção do pacto. Essas fases serão examinadas detidamente no decorrer do presente trabalho.

A amplitude da proteção é proporcional à vulnerabilidade do consumidor. Na sociedade atual, o agente social – antes o trabalhador moderno dos séculos XIX e XX – é o consumidor, o indivíduo globalizado que se mantém todo o tempo conectado e tudo financia para adquirir produtos e serviços, na tentativa de realizar seus desejos, diuturnamente renovados. É o que Zigmunt Bauman chama de “mundo líquido”, o qual tem o condão de transformar até os seres humanos em mercadorias: “[...] os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo” (2008, p. 76). Nessa fase do capitalismo do século XXI, o consumo é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal:

A esse respeito, a sociedade de consumidores não reconhece diferenças de idade ou gênero (embora de modo contrafactual) e não lhes faz concessões. Tampouco reconhece (de modo gritantemente contrafactual) distinções de classe. Dos centros geográficos da rede mundial de auto-estradas de informações a suas periferias mais distantes e empobrecidas, o pobre é forçado a uma situação na qual tem de gastar o pouco dinheiro ou os poucos recursos de que dispõe com objetos de consumo sem sentido, e não com suas necessidades básicas, para evitar a total humilhação e evitar a perspectiva de ser provocado e ridicularizado (2008, p. 73).

As relações jurídicas de consumo estão presentes na vida do consumidor nas 24 horas do dia. Até mesmo durante o sono o consumidor se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica, sem opção de escolha na maioria das localidades, dado o fato de que o serviço é prestado por apenas um fornecedor. A aquisição de um produto pode ser feita a qualquer tempo, mesmo quando as lojas estão fechadas, se a compra for efetuada pela *internet*. E se o consumidor pode adquirir produtos ou utilizar serviços a qualquer tempo e modo, seja físico ou virtual, a sua proteção se faz imperiosa e indispensável e deve ser disponibilizada pelo Estado aos mais diversos canais, quer através do poder público pelas agências reguladoras e serviços de proteção ao crédito (PROCON), quer por intermédio da iniciativa privada, como as associações de defesa do consumidor ou os próprios fornecedores.

A proteção, como já afirmado, se dá da maneira mais ampla possível.

### 2.3.1 O princípio da defesa do consumidor

Interessante verificar que legislação, doutrina e jurisprudência costumam não ser precisos ao definir e diferenciar proteção e defesa do consumidor. Há muitas vezes quem as confunda, tratando-as como sinônimas, como de fato são, de acordo com os dicionários.

Exemplos não faltam, inclusive na experiência estrangeira, como se vê da transcrição de trechos das Constituições de Portugal e Espanha no item 2.3. A Constituição espanhola estabelece em seu artigo 51 que *os poderes públicos devem garantir a **defesa** dos consumidores e usuários, **protegendo**, mediante procedimentos eficazes, sua segurança, saúde e seus legítimos interesses econômicos*. A Carta portuguesa, por sua vez, determina no artigo 81 *incumbir prioritariamente ao Estado no âmbito econômico e social a **proteção** do consumidor, que também é apontada no artigo 102 como objetivo da política comercial*.

No Brasil, a Constituição de 1988 menciona, tanto no artigo 5º como no 170 e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a expressão “defesa do consumidor”. Ora, essa opção do Constituinte não pode deixar crer o intérprete que a proteção do consumidor se dará apenas por atos de defesa, quer legislativos, quer administrativos ou judiciários. Para o direito brasileiro a defesa do consumidor é a sua própria proteção, levada a efeito da maneira mais ampla e eficaz possível, com a educação para o consumo, a prevenção de danos, o exercício pleno do direito a informação e a defesa dos seus interesses. Tanto é assim que o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8.078/90, determinou já em sua ementa que a mesma dispõe sobre a proteção do consumidor, prescrevendo em seu artigo 1º que o Código de Defesa do Consumidor “[...] estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. No texto do CDC encontram-se várias referências à proteção do consumidor, inclusive como princípio a que deve atender a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, II). A defesa judicial do consumidor tem destaque como Título III da Lei (arts. 81 a 104).

Adalberto Pasqualotto aponta que a definição do artigo 1º do CDC denota o intuito tutelar da Lei (2011, p. 65), o que parece ser efetivamente o objetivo do Código. Sálvio

de Figueiredo Teixeira, em palestra proferida na Universidade de Milão no ano de 2002, referencia o sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor como sendo aquele formado pelos dispositivos constitucionais que versam sobre a defesa do consumidor e pelo próprio CDC (2011, p. 392).

Cláudia Lima Marques, referindo-se ora a princípio da defesa ora a princípio da proteção do consumidor, aduz que a pedra de toque do sistema protetivo do consumidor brasileiro é a concepção de consumidor como “sujeito destinatário de proteção especial por expressa determinação constitucional”, o que possibilitou a construção de um sistema de regras e princípios com a finalidade de protegê-lo e efetivar seus direitos, partindo da consagração da defesa do consumidor como direito fundamental (2012a, p. 149).

Para que seja evitada uma discussão de ordem meramente semântica, adotar-se-á neste trabalho a defesa do consumidor como o princípio constitucional que emerge dos dispositivos acima mencionados (arts. 5º, XXXII, 170, V e 48 do ADCT), o feixe irradiador da efetiva proteção e defesa do sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo.

O princípio da defesa do consumidor está explicitado nos dispositivos mencionados e justifica a própria existência do direito protetivo do consumidor.

Ao determinar ao Estado a promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CR) quis o constituinte que esse comando se propagasse por meio da atuação do próprio poder legislativo (Estado-legislador), do poder judiciário (Estado-juiz) e do poder executivo (Estado-administrador). E ao eleger a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, a Constituição autorizou o Estado a nela intervir com vistas a igualmente promover essa defesa. A defesa do consumidor, no campo infraconstitucional se normatiza através do respectivo Código ou microssistema trazido a efeito pela Lei nº 8.078/90 e, como uma mola de propulsão, atinge todas as disposições nele contidas. E por se tratar o referido microssistema de uma lei multidisciplinar que regulamenta situações jurídicas que envolvem não somente o direito material do consumidor mas também normas de ordem processual, administrativa e até criminal, a defesa se faz ainda mais ampla.

O artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor indica uma série de instrumentos com os quais contará o poder público para a execução da política nacional das relações de consumo e o atendimento de seus princípios previstos no artigo anterior. Na forma do referido artigo 5º do CDC, cumpre ao Estado manter assistência jurídica ao consumidor carente – o

que se dará por meio das defensorias públicas – instituir Promotorias específicas para a defesa do consumidor no âmbito do Ministério público, criar delegacias de polícia especializadas para as infrações penais de consumo, criar juizados especiais e varas especializadas para a solução de litígios de consumo, e conceder estímulos para a criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Em uma conhecida estratégia político-legislativa utilizada pelos redatores do Código por receio do veto presidencial, várias disposições foram repetidas em partes diversas do texto legal, como forma de garantir a sua aprovação em uma ou outra parte da lei. Assim é também possível encontrar entre os direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º, o acesso a órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos, sendo assegurada aos necessitados a proteção jurídica, administrativa e técnica, o que também será garantido por intermédio das defensorias públicas (inciso VII), assim como a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, como já foi analisado no capítulo anterior (inciso VIII).

Um dos mais avançados institutos para a defesa do consumidor é a desconsideração da personalidade jurídica dos fornecedores de produtos e serviços instituídos na forma de sociedades, inovação trazida pelo artigo 28 e seus parágrafos do CDC. O dispositivo visa o atingimento do patrimônio dos sócios – o que é ordinariamente vedado – na ocorrência de ao menos uma das causas nele previstas.

A proteção contratual do consumidor (arts. 46 e seguintes) inclusive pela vedação de cláusulas abusivas inquinadas com a nulidade (arts. 51 a 53) é também poderoso instrumento para a defesa do consumidor.

A defesa do consumidor está também contemplada no Capítulo VII do Título I do Código, que trata das sanções administrativas e se encontram prescritas em seus artigos 55 a 60. Da mesma maneira acontece com o Título II do CDC, que versa sobre as infrações penais e abrange os artigos 61 a 80.

Importante destaque na seara da defesa do consumidor deve ser dado ao Título III da Lei nº 8.078/90, que dispõe nos artigos 81 a 104 acerca da defesa do consumidor em juízo. A defesa pode se dar de forma individual ou coletiva, na maneira e sob a legitimação ali previstos. O tratamento dado à defesa processual do consumidor demonstra a importância das situações jurídicas que surgem no âmbito dessa disciplina jurídica, cujos interesses

envolvidos vão muitas vezes além da relação jurídica contratual travada entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, atingindo direitos transindividuais de natureza indivisível, que podem ser difusos ou coletivos, assim como direitos individuais homogêneos.

### 2.3.2 A boa-fé nas relações de consumo

A boa-fé como instituto jurídico atravessa longo percurso de elaboração, como sói acontecer de uma maneira geral com o próprio direito, fenômeno social que é e que o faz inclinado às vicissitudes do tempo e da cultura de um povo. A maior contribuição do conceito de boa-fé para o direito ocorre na modernidade, mais precisamente na passagem do Estado liberal para o Estado social, quando entra em cena nas relações jurídicas sua vertente objetiva, que vem a exercer importantes funções no direito das obrigações, em especial no negócio jurídico e por consequência no contrato, que é sua maior expressão.

A noção de boa-fé subjetiva, que está relacionada ao pensamento do sujeito da relação jurídica de estar agindo da maneira determinada pelo ordenamento, vem a ser substituída pela boa-fé objetiva, da qual não se afasta totalmente, vindo a complementá-la. A boa-fé objetiva é um modelo ético de conduta que deve ser observado indistintamente pelos sujeito da relação jurídica. A conduta relativa à boa-fé objetiva é o comportamento de retidão, de lealdade. É a boa-fé objetiva que será referenciada no presente trabalho quando houver menção à boa-fé.

Como visto no capítulo anterior, a boa-fé figura entre os princípios sociais do contrato, norma que determina a conduta dos contratantes até mesmo antes da celebração e após a extinção do pacto. No Código Civil, é mencionada em vários dispositivos e se apresenta em alguns artigos, conforme igualmente apontado no primeiro capítulo, exercendo funções normativas de interpretação do negócio jurídico (art. 113), de controle no exercício de direitos subjetivos (art. 187) e de criação de novos deveres entre as partes contratantes (art. 422).

No direito do consumidor a boa-fé assume fulcral importância. Foi no respectivo Código que ela foi normatizada no direito brasileiro, permeando todo o texto legal e figurando como princípio e também fundamento para a harmonização dos interesses das partes nas relações jurídicas de consumo e para a compatibilização da própria proteção do consumidor

com aspectos do mercado que devem viabilizar os demais princípios sobre os quais se funda a ordem econômica (art. 4º, III).

Adverte Cláudia Lima Marques que nas relações de consumo a boa-fé objetiva se faz presente como “[...] um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação” (2011, p. 215). É dever de ambos os contratantes mas dada a vulnerabilidade do consumidor, que se reveste da condição de presunção absoluta, premissa da relação jurídica e princípio máximo do direito do consumidor, é ao fornecedor de produtos e serviços que ela é dirigida. Apesar de princípio da nova teoria contratual, o dever de atuar sob os ditames da boa-fé atinge e obriga a todos, inclusive nas relações extracontratuais.

Dos princípios contratuais de uma forma geral, decorrem diversos deveres gerais de conduta. Diz-se dos princípios porque tais deveres não derivam natural e exclusivamente da relação obrigacional nem do dever de adimplemento na qualidade de acessórios ou anexos, como apregoava a doutrina clássica. Os deveres gerais de conduta, no entender de Paulo Lôbo, despontaram da evolução do direito e estão acima e não ao lado da obrigação ou do dever de adimplemento, servindo-lhes de limites externos e internos: “[...] 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” (2011b, p. 74). Para este autor, no ordenamento brasileiro, são deveres gerais de conduta o de boa-fé, o de realização da função social das obrigações, o de equivalência material das prestações, o de equidade, o de informar e o de cooperar. Os deveres decorrentes dos princípios da boa-fé, da função social do contrato e da equivalência material já foram tratados no capítulo anterior. O dever de equidade, baseado na ponderação dos valores e princípios do sistema jurídico é dirigido ao juiz e visa um julgamento fundado no equilíbrio entre os poderes privados. É a justiça do caso concreto.

Os deveres de informação e cooperação serão destacados pela sua aproximação com o princípio da boa-fé, nem sempre sendo considerados autônomos com relação a este pela doutrina.

Cláudia Lima Marques trata os deveres de informação e cooperação como anexos ou acessórios ao princípio da boa-fé, aos quais acrescenta o dever de cuidado. Diferentemente do entendimento de Paulo Lôbo, a autora, influenciada pela jurisprudência alemã, enxerga os

deveres de conduta como deveres anexos, acessórios à obrigação principal, a eles estando sujeitas as partes da relação jurídica, que sofrerão sanção em caso de descumprimento (2011, p. 221).

A inovação trazida pela doutrina de Paulo Lôbo transpõe os deveres gerais de conduta para além do caráter de complementariedade do dever de prestar adimplemento, elevando-os a um patamar superior, não de simples derivação da relação obrigacional ou do próprio dever de adimplemento mas de decorrência direta dos princípios, exercendo sobre a relação obrigacional limites externos e internos. E vai além o referido autor ao atribuir autonomia aos deveres de informação e cooperação dada sua transcendência em relação à obrigação, refletindo-se em várias outras situações jurídicas. O dever de cooperação, por exemplo, foi elevado à condição de princípio de direito processual, cabendo às partes colaborarem entre si e com juiz para a prestação jurisdicional. O dever de informar é objeto do próximo item.

### 2.3.3 A informação como princípio de direito do consumidor

O dever de informar, que como visto tem sua origem no princípio da boa-fé mas dele se destacou, também se transmuta em princípio autônomo ao atingir a relação jurídica travada entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços – a típica relação de consumo – demandando rigorosa observância. No contrato, assim como a boa-fé, tem incidência em todas as fases, da formação até após a extinção, com relevância fundamental porém nas tratativas, mais precisamente na oferta, que é realizada em regra pela publicidade.

Para Cláudia Lima Marques, os contratos são processos sociais de indiscutível relevância jurídica, devendo os contratantes, observando seus deveres de conduta e atuando com boa-fé, cooperar entre si na medida do possível e segundo a lei (2011, p.218). A rigor, é por meio da informação que o consumidor exerce o direito de escolher os produtos e serviços que irá adquirir ou utilizar (LÔBO, 2001, p. 61).

O direito à informação é de importância fundamental para as relações jurídicas de uma maneira geral e para o direito privado, em especial o direito do consumidor. Em uma concepção mais abrangente, é possível vislumbrar seu destaque até mesmo no direito da

concorrência, já que a ausência de informação clara e precisa prejudica também as empresas que exploram a mesma atividade.

Tendo o legislador constituinte optado por inserir a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, CR) e também como esteio da ordem econômica (art. 170, V, CR) é o direito à informação e seu correlato dever de informar que devem pautar a conduta dos fornecedores de produtos e serviços.

Vê-se que, embora disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, é de ordem constitucional a origem do direito à informação, o qual é garantido, no caso do direito a informação nas relações de consumo, pelos comandos constitucionais acima referidos, que dão fundamento à defesa do consumidor.

No plano infraconstitucional, a fonte do direito à informação do consumidor e o dever de prestá-la por parte do fornecedor de produtos e serviços é a boa-fé objetiva, compreendida esta como regra de conduta dos partícipes de uma relação obrigacional.

No âmbito normativo foi o direito do consumidor que refuncionalizou o princípio da boa-fé objetiva com vistas a servir de parâmetro de validade aos respectivos contratos (LÔBO, 2001, p. 67), no que foi seguido pelo direito civil com o advento do Código de 2002, onde assumiu importância crucial no direito das obrigações.

Cláudia Lima Marques fala de um “novo” dever de informar, introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, bem mais abrangente e eficaz do que aquele presente no direito contratual clássico, onde figurava como simples dever secundário de indicação e esclarecimento, com origem no princípio, à época jurisprudencial, da boa-fé e que somente “[...] atingia determinadas circunstâncias consideradas pelo Judiciário como relevantes contratualmente” (2011, p. 801).

Na Argentina, o direito à informação do consumidor consta explicitamente no texto constitucional. O artigo 42 da Constituição Nacional daquele país assevera que os consumidores e usuários de bens e serviços têm, na relação de consumo, direito a uma informação adequada e verdadeira.

Discorrendo sobre a nova concepção do contrato, Cláudia Lima Marques o aponta, como observado no item 2.3 como ponto de encontro de direitos fundamentais. E reforçando a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que na Alemanha é

conhecida por *Drittwirkung* (de *Wirkung-eficácia e Dritte-terceiros*), indica a autora que “[...] o direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal)” (2011, p. 255).

Reconhecendo-se então a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, direção apontada pelo parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República e desenvolvida por doutrina de forte representação nos tribunais do país, principalmente nas cortes superiores, é possível asseverar que o direito à informação, que se encontra igualmente explicitado no inciso XIV do mesmo artigo 5º da Carta de 1988, é oponível não somente ao Estado, como acontece com os direitos que se dirigem negativamente ao poder político, mas de forma positiva a todos os agentes da atividade econômica, neles incluídos os fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. Nesse sentido, explica Paulo Lôbo, “[...] é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo”, e justamente por isso deve ser enquadrado como espécie do gênero direitos fundamentais (2001, p. 62). E assim o detentor do poder econômico, que é o fornecedor, assume a posição passiva diante do direito fundamental, que antes era reservada exclusivamente ao poder político, ao Estado (2001, p. 64).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem apontado entendimento acerca da caracterização do direito à informação nas relações de consumo como direito fundamental, como se vê no julgamento do Recurso Especial nº 1.364.915/MG, julgado em 14 de maio de 2013:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VÍCIO DE QUANTIDADE. VENDA DE REFRIGERANTE EM VOLUME MENOR QUE O HABITUAL. REDUÇÃO DE CONTEÚDO INFORMADA NA PARTE INFERIOR DO RÓTULO E EM LETRAS REDUZIDAS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. PRODUTO ANTIGO NO MERCADO. FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DO CONSUMIDOR. MULTA APLICADA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. ÓRGÃO DETENTOR DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL, PORTARIA E INSTRUÇÃO NORMATIVA. AUSSÊNCIA DE NATUREZA DE LEI FEDERAL. SÚMULA 280/STF. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. REDUÇÃO DO ‘QUANTUM’ FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como ‘maquiagem de produto’ e ‘aumento disfarçado de preços’, por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes ‘Coca Cola’, ‘Fanta’, ‘Sprite’ e ‘Kuat’, de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo e

em letras reduzidas. Na ação anulatória ajuizada pela recorrente, o Tribunal de origem, em apelação, confirmou a improcedência do pedido de afastamento da multa administrativa, atualizada para R\$ 459.434,97, e majorou os honorários advocatícios para R\$ 25.000,00. 2. Hipótese, no cível, de responsabilidade objetiva em que o fornecedor (lato sensu) responde solidariamente pelo vício de quantidade do produto. 3. O direito à informação, garantia fundamental da pessoa humana expressa no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, é gênero do qual é espécie também previsto no Código de Defesa do Consumidor. 4. A Lei nº 8.078/1990 traz, entre os direitos básicos do consumidor, a ‘informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam’ (art. 6º, inciso III). 5. Consoante o Código de Defesa do Consumidor, ‘a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores’ (art. 31), sendo vedada a publicidade enganosa, ‘inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços’ (art. 37). 6. O dever de informação positiva do fornecedor tem importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. A informação deficiente frustra as legítimas expectativas do consumidor, maculando sua confiança (...).

Tendo sua origem no princípio da boa-fé, antes uma construção doutrinária e jurisprudencial, hoje uma norma positivada, o direito à informação figura no Código de Defesa do Consumidor como princípio no inciso IV do artigo 4º e como direito básico do consumidor no inciso III do artigo 6º, estabelecendo o artigo 31 do Código a amplitude do correlato dever de informar do fornecedor de produtos e serviços, determinando quais os aspectos relevantes que devem obrigatoriamente ser informados. Destaca Fabíola Santos Albuquerque que não é qualquer informação que exime o fornecedor do dever imposto pelo mencionado inciso III do artigo 6º do CDC. Necessário que a informação seja adequada e clara, com especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade, tributos incidentes e preço e que também aponte os riscos que os produtos e serviços apresente, na exata dicção do dispositivo (2001, p. 91).

No entender de Paulo Lôbo, o direito à informação restará assegurado se o correspectivo dever de informar por parte do fornecedor for cumprido. E apesar de reconhecer a origem do direito à informação no princípio da boa-fé objetiva, explica o autor que nela, porém, não se encerra o dever de informar:

Contudo, o dever de informar não é apenas a realização do princípio da boa-fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionado à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. A teoria contratual também construiu a doutrina dos deveres anexos, deveres acessórios ou

deveres secundários ao da prestação principal, para enquadrar o dever de informar. O desenvolvimento do direito do consumidor foi além, transformando-o no respectivo direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Não se trata apenas de dever anexo (2011, p. 67).

No CDC, como já afirmado, o direito à informação assume o *status* de dever básico, permeando toda a existência do contrato e permanecendo presente após a sua execução:

Como vimos, informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar ‘comum’ o que era sabido apenas por um. Informar é dar ‘forma’, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é ‘comunico-are’, é chegar ao outro, é aproximar-se. A informação é tema transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou o não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimentos, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito (MARQUES, 2011, p. 800).

A imprescindibilidade da informação para o direito do consumidor é destacada em importante *leading case* também no Superior Tribunal de Justiça (RESP. 586.316, julgado em 17 de abril de 2007), no qual as indústrias alimentícias que utilizam “glúten” nos produtos por elas fabricados, restaram obrigadas a apor nas respectivas embalagens advertência sobre a utilização da substância, a que determinados consumidores, entre os quais os doentes celíacos, possuem intolerância.

O artigo 31 do CDC ao determinar como deve ser prestada a informação na oferta e apresentação de produtos e serviços, o faz de modo exemplificativo. Há nítida preocupação, no caso dos produtos, com as suas características físicas, como também com relação aos serviços no que concerne à repercussão econômica, bem assim à saúde e à segurança do consumidor (MARQUES, 2011, p. 802).

Questão emblemática no que diz respeito à informação a ser prestada nos moldes do mencionado artigo 31 é a apresentação dos produtos oferecidos nas gôndolas de supermercados através de código de barras, o que dificultou sobremaneira a identificação não só do próprio produto mas também e principalmente de suas características. A Lei nº 10.962/2004 permitiu a utilização do código de barras sob certas condições, entre elas a afixação de equipamentos de leitura ótica para identificação do preço. Perdeu o legislador a oportunidade de avançar no respeito à vulnerabilidade do consumidor. É consabido o abismo existente entre os avanços tecnológicos alcançados pelo Brasil e sua utilização por parte da

grande massa de consumidores excluídos da chamada era digital. Boa parte dos consumidores que frequentam os supermercados não sabem lidar com tais equipamentos que, ademais, são escassos e difíceis de localizar nas respectivas lojas.

Embora consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da permissão de utilização do código de barras após o advento da referida Lei nº 10.962/2004, decisões prolatadas antes de sua entrada em vigor melhor traduziam a realidade fática, como é de ver-se da ementa abaixo transcrita do acórdão prolatado no Mandado de Segurança nº 6.010/DF, julgado em 13 de outubro de 1999:

DIREITO DO CONSUMIDOR – PREÇO – PRODUTOS – SUPERMERCADO – EXIGÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor. A Lei 8070/90, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor:

A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.

Os donos de supermercados devem fornecer ao Consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de produtos à venda. O fato de já existir, em cada produto, o código de barras, não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações. Para atender realmente o que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar os preços em cada produto. Segurança denegada.

Assim como acontece com a vulnerabilidade, a informação é pressuposto do direito do consumidor. Sua importância, na verdade, transcende as relações jurídicas nesta que é conhecida como “a era da informação”, delimitada a partir da década de 60 do século XX com a criação dos supercomputadores e mais tarde, nos anos 90, com o surgimento da *internet*, a rede mundial de computadores. A doutrina, então, que não se preocupava com o aspecto jurídico da informação, passa a fazê-lo quando ela se torna determinante para traçar o rumo da vida em sociedade (CARVALHO, 2002, p. 255).

Ainda sobre o abismo tecnológico existente para boa parte da população, é imperativo salientar sua repercussão na contratação de crédito para consumo. De fato, boa parte da população desconhece os mecanismos próprios dos equipamentos postos à sua disposição, em especial o “caixa eletrônico”, hoje o local onde o cliente bancário é praticamente obrigado a fazer depósitos, saques, consultas de todo tipo e onde o consumidor dos serviços bancários pode, repita-se, com um clique e a digitação de sua senha, celebrar contratos os mais diversos.

Ora, a inclusão digital no Brasil é um projeto ainda inconcluso. Isto porque não há inclusão sem educação, em última análise sem informação. Grande parte dos usuários bancários, especialmente aqueles que têm domicílio nos rincões do país, mas também a população carente e desprovida de conhecimentos básicos de informática das grandes cidades têm enorme dificuldade em compreender os passos que devem percorrer para a celebração, por exemplo, de um contrato de mútuo em um desses equipamentos. Em verdade, muitos sequer apresentam discernimento suficiente para realizarem um saque de sua conta corrente, necessitando muitas vezes de divulgar sua senha pessoal a terceiros, podendo ser vítimas de criminosos que se aproveitam de sua ingenuidade e ignorância.

Esse abismo tecnológico pode ser traduzido na relação entre a evolução da indústria de aparelhos eletrônicos no Brasil, com a inserção no mercado de equipamentos fabricados com tecnologia de ponta, e a estagnação, para não dizer involução, das práticas educativas capazes de realmente inserir esses consumidores na era digital.

Em paralelo, a chamada inclusão do consumidor no mercado de crédito se dá sem que ao utente desse serviço sejam fornecidas as informações necessárias à compreensão do negócio jurídico a ser celebrado, sem que o usuário tenha a exata noção das condições gerais de eventual contrato a ser celebrado e, com não menos importância, o nível de comprometimento que, utilizando o mesmo exemplo anterior, um contrato de mútuo pode assumir sobre sua renda, podendo levá-lo a uma situação de superendividamento.

Inclusão digital e inclusão no mercado de crédito sem informação é medida que não atinge sua finalidade ou propósito. A informação do consumidor está umbilicalmente ligada à sua educação, como é de ver-se da própria redação do mencionado artigo 4º do CDC, o qual estabelece os princípios que devem ser atendidos na relação de consumo e, em seu inciso IV, inscreve a educação e informação de fornecedores e consumidores como forma de melhorar o mercado de consumo.

Paulo Lôbo indica campo do conhecimento onde a informação apresenta significado aproximado ao que tem no direito do consumidor, que é o direito da comunicação. Dita aproximação, no entanto, preserva a diferença necessária a uma compreensão mais precisa do fenômeno, que o referido autor destaca como inserido no contexto do direito fundamental da liberdade de expressão e, em sentido estrito, relacionado com o direito de buscar, receber, compartilhar e publicar informações:

O direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente de atividade econômica. Esse segundo sentido, próprio do direito do consumidor, cobra explicação de seu enquadramento como espécie do gênero direitos fundamentais (2001, p. 62).

Outra vertente encontrada por Paulo Lôbo para o significado de informação é a de bem de consumo, em que ela própria informação se transmuta em mercadoria para a indústria da comunicação. E é especialmente na seara da publicidade que se encontra a confluência entre informação e relação de consumo.

A informação publicitária, por sua vez, também encontra guarida no Código de Defesa do Consumidor, como será analisado no capítulo seguinte, o que significa que a atividade publicitária sofre influxo e incidência das normas que compõem esse sistema legal.

É razoável afirmar, no entanto, que existe certo descompasso entre o direito do consumidor e o direito da comunicação. Ambos, na verdade, não dialogam ou, ao menos não vêm dialogando como deveria acontecer no decorrer da incontestável evolução do direito do consumidor. Enquanto este, alicerçado em uma legislação voltada para os comandos constitucionais do Estado social de direito, onde a ordem econômica é fundada na livre iniciativa – conformada esta porém aos ditames da justiça social – tem por princípio estruturante, entre outros, a defesa do consumidor, o direito da comunicação se apresenta em um invólucro de certo modo impenetrável e se mostra, nos mais das vezes, infenso à mudança paradigmática trazida pelo Constituinte de 1988 e pelo legislador infraconstitucional, com a edição da Lei 8078/90.

De fato, pouca interlocução há entre os dois sistemas que, ao menos em tese, deveriam se harmonizar:

Direito e Comunicação parecem dispostos a travar monólogos em separado. De um lado, as grandes empresas de comunicação se arvoram na condição de entidades imunes a toda tentativa de regulamentação da sua atividade, estando seus veículos sempre prontos a invocarem fantasmas do passado, para evitar, sob o argumento do ‘retorno à censura’, qualquer mínima interferência estatal em seus domínios, aí abrangidas mesmo aquelas propostas que se limitam a buscar a democratização do acesso aos meios de comunicação, estimulando uma mídia independente não apenas do ‘governo’, mas também do ‘mercado’ comunicativo. (SCHREIBER, 2013a, p. 17).

Uma análise da publicidade como informação à luz de princípios constitucionais, se não encerra a questão, pode esclarecer tópicos e categorias e contribuir para uma melhor compreensão do assunto. É o que será examinado no capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS PELO ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR**

*Sumário:* 3.1 – O princípio responsabilidade. 3.2 – A oferta de produtos e serviços e a indução ao consumo. 3.2.1 – A publicidade como fator de estímulo ao consumo. 3.2.2 – A publicidade como vínculo de oferta ao público. 3.2.3 – A atividade publicitária e os princípios constitucionais dos valores sociais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de expressão. 3.2.4 – O regime de autorregulamentação publicitária no Brasil e sua (in)compatibilidade com o direito à informação. 3.2.5 – A oferta de produtos e serviços de crédito. 3.3 – Os contratos de crédito ao consumidor. 3.3.1 – A (des)informação nos contratos de crédito ao consumidor. 3.3.2 – O regime das cláusulas abusivas nos contratos de crédito ao consumidor.

### **3.1 O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE**

O tema da responsabilidade será tratado neste capítulo apresentando certo distanciamento do sentido comum que lhe empresta o direito civil, o de imputação do dever de reparar danos, de conteúdo relacional, ligado ao direito das obrigações. Não que o instituto da responsabilidade civil seja desimportante para um trabalho que versa sobre direito contratual, crédito e inadimplemento. No entanto, o *locus* da perspectiva a ser abordada é o campo da ética, com consequências na seara do direito.

O Código de Defesa do Consumidor, com sua vocação vanguardista, reduziu a complexidade e a conseqüente dificuldade de enfrentamento do problema da responsabilidade civil à luz do modelo tradicional em que a vítima carregava o duplo ônus de provar a culpa e o nexo de causalidade, evoluindo e optando por um sistema solidarista em que a finalidade principal é a restituição do lesado ao estado anterior. Esse sistema solidarista se volta para a proteção da pessoa humana e está mais vinculado às exigências de uma igualdade material, promovendo assim uma releitura do instituto sob os valores que preenchem regras e princípios do texto constitucional. A opção do CDC traçou novos rumos à disciplina e facilitou sobremaneira a defesa da vítima, que nas relações de consumo são em sua quase totalidade a parte mais vulnerável.

A responsabilidade civil, enquanto obrigação de indenizar, vem avançando nitidamente em relação à desvalorização da culpa, caminhando em direção à consideração do dano. Na mesma toada, é possível verificar tendência a aproximar os regimes de

responsabilidade contratual e extracontratual, o que aponta para uma nova denominação do instituto, que se vem chamando de “direito de danos”.

Rodrigo Xavier Leonardo, por exemplo, afirma que se hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano e não a culpa, como outrora, melhor referir-se à disciplina como um direito de danos (2010, p. 397).

Como salienta Marcos Ehrhardt, no sistema da culpa, de matiz individualista, obter êxito em uma ação de responsabilização por danos na prática era o mesmo que vencer uma corrida de obstáculos, já que uma vez verificado o dano, competia à vítima a prova da culpa e do nexos de causalidade (2014, p.55). O sistema atual da responsabilidade civil abandona, ao menos no Código de Defesa do consumidor, quase que por completo a subjetividade na aferição de culpa, que fica restrita aos casos de prestação de serviços por profissionais liberais (art. 14, § 4º). A responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços é, em regra, exclusivamente objetiva.

Assim sendo, em se tratando de uma relação de consumo, responde o fornecedor de maneira objetiva – desconsiderada a culpa – pelos danos que causar ao consumidor.

A inovação no Código de Defesa do Consumidor se deu bem antes da promulgação do Código Civil em 2002. Adotou-se como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, quer pelo fato do produto ou serviço (defeituosos por não oferecerem a segurança que deles se espera – arts. 12 a 17), quer por vício do produto ou serviço (vício de qualidade ou quantidade ou ainda decorrente de disparidade com as indicações neles constantes ou em sua oferta ou mensagem publicitária – arts. 18 a 25), tendo por exceção, como visto acima, unicamente os serviços prestados por profissionais liberais, quando a responsabilidade pessoal será apurada mediante a verificação de culpa.

E ainda que a responsabilidade civil se faça concretizar nos casos em que o fornecedor induz o consumidor a adquirir produtos e utilizar serviços de qualquer natureza, inclusive os de crédito, pelo que responde também o agente publicitário, assim como em tantas outras situações, é da responsabilidade no campo da ética que o presente capítulo versará.

O marco teórico é o filósofo alemão Hans Jonas, cujo pensamento de um modo geral é essencial para a compreensão dos fundamentos da presente tese e deste capítulo em especial.

A abordagem que se quer desenhar é a da responsabilidade que se apresenta para além da relação obrigacional típica. De fundamento ético mas conteúdo jurídico, a responsabilidade a ser tratada é a que corresponde à teoria desenvolvida por Hans Jonas, uma concepção voltada a um novo agir humano, afastada como apontado, da ideia tradicional de direitos e deveres. Trata-se do princípio responsabilidade, que surge a partir da necessidade de uma ética para a civilização tecnológica, dado o distanciamento entre os avanços tecnológicos e a reflexão ética.

O conceito responsabilidade na teoria de Jonas expressa o que ele chama de dever recém-surgido. Com o avanço tecnológico, o poder e o conhecimento que antes se concentravam no ato momentâneo, já que eram limitados para incluir o futuro em suas previsões, passaram a projetar a ética em relação ao porvir. Os impactos causados pela tecnologia desloca a responsabilidade para o centro da ética:

[...] O Princípio Responsabilidade contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder (2006, p. 23).

A Constituição brasileira bem traduz esse princípio responsabilidade em seu artigo 225, cujo *caput*, ao tempo em que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as “presentes e futuras gerações”. O parágrafo primeiro do mesmo artigo se desdobra em obrigações atribuídas ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E é no inciso V desse parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição que se encontra o núcleo do forte elo que une a preservação ambiental ao direito do consumidor. O mencionado dispositivo impõe ao Poder Público o dever de “[...] controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Essa disposição normativa se reflete diretamente na ordem econômica do Estado brasileiro onde, em conjunto com a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente é oferecida como princípio geral da atividade econômica, devendo se dar inclusive “[...]”

mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. A salvaguarda desses direitos e deveres se dá sob a forte influência da funcionalização do direito de propriedade expresso e garantido no inciso XXII do artigo 5º.

Com esse prolegômeno, é possível investigar a responsabilidade que o fornecedor de produtos e serviços tem para com os consumidores presentes e futuros. Responsabilidade por uma melhor qualidade de vida, pela defesa e preservação do meio ambiente, com desestímulo ao consumo exacerbado – que é exercido muitas das vezes de maneira inconsciente – ou o descarte de produtos pela obsolescência típica do tempo atual que Gilles Lipovetsky chama de hipermoderno, tempo em que a sociedade vive de excessos e paradoxalmente descarta e desperdiça o que pode (2007, *passim*).

### 3.2 A OFERTA DE PRODUTOS E SERVIÇOS E A INDUÇÃO AO CONSUMO

Em estudo sobre violência e consumismo, a psicanalista Silvia Ons observa estreita relação entre ambos, fenômenos característicos da contemporaneidade. Salienta, no entanto, que a violência, não obstante se apresentar como sintoma na atualidade, sempre esteve presente na história da humanidade. Não somente em Freud e depois Lacan mas já em Thomas Hobbes, criador do conceito de “contrato social”, sabia-se necessário refrear a impulsividade do homem, que faz da sociedade uma formação de indivíduos dominados pela ambição de mando e de domínio (2013, p. 143).

Tratando do que chama de violência pós-moderna ou pós-revolucionária, que tem por características a ubiquidade, a ausência de limite e o polimorfismo, Ons se refere a um fenômeno ligado ao capitalismo tardio, onde os objetos de consumo têm lugar preponderante na sociedade e valor que se antepõe ao da própria vida:

A diferença do que sucede em outras formas de organização social, em nossas sociedades atuais o pobre não encontra lugar nem identidade, posto que a única realidade que elas oferecem é a participação no mercado (...).

A tirania do mercado introduz a seguinte disfunção: o estar lá ou o não existir. Os objetos de consumo passam a ocupar o lugar que tinham os antigos ideais. Assim como podemos dizer que há violências ligadas ao ideal como a das guerras vinculadas com a Nação, as religiosas ou inclusive as fundamentalistas vigentes hoje em dia, também há outro tipo de violência gerada só pelo objeto que toma o relevo do ideal (ONS, 2013, p.145).

Fortemente marcada na filosofia de Karl Marx, em especial nas ideias contidas no Terceiro Manuscrito, dedicado ao dinheiro, a psicanalista adverte que o consumismo surge quando o consumo substitui o trabalho no papel de eixo central da sociedade produtora:

A revolução consumista se produz quando, como assinalava Colin Campbell, o consumo se torna central, sendo o propósito mesmo da existência. Um momento em que a capacidade de querer, de desejar, de almejar e de experimentar essas emoções repetidamente é o fundamento da economia das relações humanas. De modo contrário, a sociedade de produtores da fase ‘sólida’ da modernidade estava orientada fundamentalmente à obtenção de segurança. A segurança a longo prazo era um valor fundamental e um objetivo prioritário, pelo que os bens adquiridos não eram para o consumo imediato (2013, p. 148).

O sistema continua a necessitar dos cidadãos que recebem seus salários e pagam impostos mas cada vez mais precisa de consumidores: “[...] onde o indivíduo é hoje requerido enquanto tal e praticamente insubstituível é no papel de consumidor” (BAUDRILLARD, 2010, p. 99).

No início do século XX surge o “consumismo ostentoso” a que se refere Thorstein Veblen (2005) e após a segunda metade do século passado, o desejo humano por estabilidade e segurança na sociedade de consumo, deixa de ser uma vantagem para transformar-se em uma falha causadora do mal funcionamento do sistema. Surge de maneira avassaladora o culto ao novo, onde os objetos se tornam obsoletos com cada vez mais rapidez.

Jean Braudillard concebe o consumo na contemporaneidade como uma estrutura de comunicação: “A circulação, a compra, a venda, a apropriação de bens, e de objectos/signos diferenciados constituem hoje a nossa linguagem e o nosso código, por cujo intermédio toda a sociedade comunica e fala” (2010, p. 93). Salienta ainda o mesmo autor que o próprio tempo, que o homem dispunha em profusão e de forma gratuita no passado, é hoje ele próprio um bem de consumo, muitas vezes mais valioso que diversos bens manufaturados ou serviços oferecidos em massa (2010, p. 61).

Importante salientar a obsolescência que assumem os bens de consumo. Em curto espaço de tempo são lançados novos aparelhos eletrônicos no mercado, os chamados *gadgets*, que surgem em profusão e em escala mundial. A cada ano ou em menor tempo despontam novos modelos, em um estímulo constante pela renovação do ato de consumir.

O Código de Defesa do Consumidor, já no início dos anos noventa, se preocupou com o fenômeno, dispondo em seu artigo 32 que devem ser assegurados pelos fabricantes e

importadores a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação e importação de um produto. A obrigação, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, permanece até mesmo após cessadas a produção e importação, por período razoável de tempo, que deve ser determinado por lei.

Com a industrialização do pós-guerra, a urbanização e crescimento das cidades e a mudança de costumes, surge uma grande demanda pela aquisição de bens. A publicidade tem marcante contribuição nessa busca incessante e frenética por produtos e serviços. Antes eram as necessidades do homem que gerava o consumo, hoje a própria necessidade é criada pela atividade publicitária, que também impõe um padrão de comportamento para o consumidor. Este tem que consumir para atender suas necessidades básicas mas também para galgar o lugar comum daqueles que possuem tal ou qual marca de carro, tênis, roupa, destinos de viagens, entre outros produtos e serviços.

Há dessa forma inquestionável responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, neles incluído o crédito, no endividamento do consumidor. É ele quem se utiliza da publicidade para chamar a atenção para o seu produto. É a partir e através dele que o consumo é induzido.

### 3.2.1 A publicidade como fator de estímulo ao consumo

De certa maneira, a publicidade existe desde que o homem sentiu a necessidade de propagar algo, seja uma ideia, um bem ou uma informação. Há notícia de anúncios publicitários já no século XV, na Inglaterra (BENJAMIN, 1994, p. 26). Foi no entanto no século XX que o fenômeno publicitário passou a se difundir e a se apresentar como hoje o conhecemos. A invenção do rádio na década de 20 e da televisão nos anos 40 contribuiu enormemente para o desenvolvimento da atividade publicitária que, como aconteceu com o próprio mercado de consumo, se massificou após a Segunda Guerra Mundial. No início do século passado, a publicidade tinha por finalidade exclusiva informar acerca da existência de determinado produto ou serviço, assim como de suas características principais, apresentando um e outro ao consumidor. Era a necessidade de determinados bens por parte dos consumidores que fazia surgir a demanda pelos mesmos. Novos e velhos hábitos de consumo

permaneciam adstritos à utilidade que os produtos e serviços ofereciam ao público consumidor.

Com a eclosão do consumo de massa na segunda metade do século XX, se consolida uma nova feição da atividade publicitária, que como assinalado no item anterior, deixa de simplesmente atender à necessidade do consumidor da oferta de bens para criar essa mesma necessidade, oferecendo de forma exponencial cada vez mais novidades de bens de consumo. A publicidade deixa então de ser exclusivamente informativa para introduzir novos estilos de vida, onde a aquisição de determinados produtos e a utilização de certos serviços passam a ditar o próprio comportamento do consumidor, influenciando definitivamente no mercado.

A difusão de produtos, serviços e hábitos de consumo no Brasil acompanhou, como não poderia deixar de ser, a evolução social de cunho demográfico, apresentando-se, para a doutrina especializada, marcadamente a partir do final do século XVIII. Foi o advento da imprensa, motivada por jornalistas e gráficos já no século XIX, que trouxe impulso à prática publicitária. A principal característica da publicidade na época era a baixa competitividade, reflexo da economia praticada então, “[...] algo que não demandava forçar o consumo nos apelos promocionais” (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 32).

Na primeira metade do século XX, alguns fatores como a formação de grandes núcleos urbanos – a exemplo da cidade de São Paulo, que sofre enérgico processo de industrialização – a substituição da mercadoria a granel por produtos acondicionados em embalagens e identificados por rótulos, além do desenvolvimento da malha ferroviária do país e a construção de portos marítimos e aeroportos, passa a transformar o Brasil em um interessante mercado consumidor, o que vem a ser referendado na outra metade do século, com a explosão do consumo em massa. Já a partir da década de 20 surgem as primeiras transmissões de rádio, que juntamente com as revistas foram as mídias mais utilizadas para a publicidade de produtos e serviços até a chegada da televisão nos anos 50:

Os mercados transregionais, o quadro de oferta maior que a demanda, a disponibilização de uma razoável estrutura de transportes para o comércio nacional e os meios de comunicação de massa, permitem que a publicidade assumira seu papel no trabalho de marketing para ajudar a escoar a produção. O rádio, as revistas, os jornais e os sistemas gráficos de altas tiragens são meios para atingir milhões de pessoas em diferentes regiões, uma massa quase indiferenciada, meios estes que substituem a voz do empresário que perdeu contato direto com seus consumidores (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 43).

É bem verdade que o público alvo do escoamento, da produção e, por consequência, da publicidade, eram as classes alta e média, sendo praticamente inexistente o mercado de consumo para as classes menos favorecidas, que não tinham acesso a grande parte dos produtos cuja industrialização se iniciava, como os refrigeradores, os aparelhos de televisão e as vitrolas.

Movimentos sociais como a emancipação feminina contribuíram para reforçar o papel desse público no mercado, passando a mulher a decidir os hábitos de consumo, quer nas famílias, quer individualmente, já que passa a depender menos do homem no aspecto financeiro. Esse momento coincide com o surgimento das revistas e suplementos dirigidos ao consumidor feminino.

A partir da década de 50 há uma maior preocupação com a regulamentação do mercado consumidor. A partir de então inúmeras foram as leis editadas nesse sentido. Em 1951 foi promulgada a Lei da Economia Popular, a qual permitia a intervenção do Estado em estoques e controle de preços. Em 1962 foi editada a Lei Delegada nº 4, que dispôs também sobre a intervenção estatal no domínio econômico, desta feita para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. No mesmo ano foi criada a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), extinta em 1988, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que passou a regular a repressão ao abuso do poder econômico.

Publicidade, de uma maneira geral, está ligada ao que é público (do latim *publicus*), porém não no sentido utilizado para delimitar o que é do Estado, em oposição ao que é privado, do particular.

Adverte Lúcia Ancona Dias que “[...] o objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade”, razão desta técnica de incentivo ao consumo restar regulamentada no Código de Defesa do Consumidor (2010, p. 5). É justamente neste aspecto que publicidade se diferencia de propaganda, já que esta se volta para a difusão de uma ideia, seja política, religiosa ou cívica. Não há intuito econômico *a priori* na propaganda. Essa característica, repita-se, é da publicidade.

Apesar da nítida distinção entre publicidade e propaganda, seus conceitos são bastante confundidos, mesmo na legislação, como é de ver-se do artigo 220, § 4º da Constituição da República, que usa o termo “propaganda comercial” para designar

publicidade comercial, e o próprio Código de Defesa do Consumidor que, em seus artigos 56, XII e 60 e § 1º, se refere a “contrapropaganda” e não contrapublicidade como sanção a ser imputada no caso de infrações a normas de defesa do consumidor, mais especificamente a prática de publicidade enganosa ou abusiva.

Outro termo bastante confundido com publicidade é “marketing”, do inglês *Market* (mercado), derivado do latim *mercatus* (local de compra e venda), o qual abrange em seu conceito toda prática mercadológica, aquela que “envolve todas as atividades comerciais relacionadas à circulação de bens e serviços, desde a sua produção até o consumo final” (DIAS, 2010, p. 24). Significa dizer que o marketing compreende desde os estudos sobre as necessidades ou desejos do consumidor e tendências do mercado, até a definição do preço, a promoção do produto ou serviço, assim como sua distribuição e venda.

Como uma das ferramentas do *marketing*, a publicidade faz parte da promoção ou comunicação. Quer isto dizer que a relação entre ambos é de conteúdo e continente, sendo a publicidade um dos recursos mercadológicos, isto é, de marketing.

Na literatura especializada, o conceito de marketing está intrinsecamente ligado ao de lucro, instrumento próprio da sociedade capitalista. Na definição de Philip Kotler e Gary Armstrong, marketing é a atividade de administrar relacionamentos lucrativos. Para os autores norte-americanos, “[...] há muito mais no marketing do que os olhos dos consumidores conseguem ver. Por trás dele, há uma maciça rede de pessoas e atividades que disputam sua atenção e seu dinheiro” (2007, p.3).

Não é possível, por óbvio, demonizar o lucro, mormente em um país cuja ordem econômica é capitalista, onde os bens e os serviços se voltam para o mercado. Por consequência, as atividades de marketing são, a princípio, absolutamente legítimas.

Considerando-se o mercado como ambiente de troca e relacionamento formado pelo conjunto de compradores reais e potenciais, sujeita-se dito espaço a diversos fatores externos, tais como os demográficos, econômicos, tecnológicos, políticos e socioculturais, além, é claro, da necessária juridicidade em que se deve estear (KOTLER, 2007, p.6).

Sob o ponto de vista jurídico, no entanto, cumpre ao ordenamento a calibragem das situações que advêm, quer prévia, quer posteriormente, das aludidas atividades, estabelecendo-lhes o limite com vistas à proteção do consumidor. Aliás, publicidade e defesa

do consumidor não devem representar institutos conflitantes, porém faces de uma mesma moeda.

O Código de Defesa do Consumidor trata da publicidade em sentido bem amplo, referindo-se seu artigo 37 a “qualquer informação de caráter publicitário”. Ademais, versa de forma bastante abrangente sobre “práticas comerciais”, o que alarga ainda mais a regulamentação.

A atividade publicitária, como um dos tentáculos do marketing, envolve basicamente três agentes, quais sejam, o anunciante, que é o fornecedor de produtos ou serviços; a agência de publicidade, que planeja, cria e distribui o anúncio dos produtos e serviços; e os veículos de comunicação, que são o meio pelo qual a mensagem publicitária chega aos consumidores. Os veículos de comunicação são também conhecidos como mídia. As atividades do anunciante – que é o fornecedor de produtos e serviços – da agência e da mídia que veicula a publicidade, se retroalimentam e formam um sistema industrial extremamente poderoso. Este sistema funciona com vistas a estimular o consumo, que é a sua finalidade.

O estímulo ao consumo, como observado, se demonstra a princípio uma finalidade legítima, já que, aquecendo a economia, incrementa a cadeia produtiva de produtos e serviços. No entanto, uma disfunção, um desvio ou mesmo o descumprimento do dever de boa-fé por parte de um dos organismos do sistema, tem imediata repercussão na produção e na circulação desses produtos e serviços.

O consumo deve ser consciente e sustentável para o equilíbrio do sistema econômico como um todo. A ausência de informações precisas na oferta e na contratação, aliada a uma atividade publicitária marcante, capaz de se fazer presente em qualquer espaço do dia-a-dia do consumidor, antes de estimular o consumo como motor da economia, tem o condão de manipular o comportamento do mercado, atingindo e direcionando cada um de seus setores.

Tênue é a linha divisória entre a atividade publicitária legítima e as publicidades enganosa e abusiva. Esta a razão de ser da necessidade de uma regulação rigorosa da atividade pelo direito e da aplicação das normas mediante a interpretação que leve em conta a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O poder econômico apresenta comumente versão de que a intervenção do Estado no mercado de consumo diminui a autonomia deste agente econômico, impedindo-o de fazer escolhas, decidir sobre a celebração de um negócio jurídico, tratando-o quase como um incapaz. O discurso não convence e não resiste a uma análise jurídica da questão sob a perspectiva dos valores normatizados pelo ordenamento constitucional. As forças são desproporcionais, o que dificulta o equilíbrio pela “mão invisível” do mercado.

A proteção do consumidor se dá pela necessidade de promoção desse equilíbrio. O argumento de que o consumidor toma suas decisões com base em escolhas postas a sua disposição em um mercado onde a simetria das informações é a sua principal característica e por isso ele consumidor é o responsável pelo consumo em excesso, pelo endividamento desmedido, pela opção de pagar juros exorbitantes e encargos contratuais muitas vezes extorsivos, é uma falácia que conduz à equivocada conclusão de que os fornecedores de produtos e serviços, a atividade publicitária e os veículos que a promovem não contribuem para a existência do desequilíbrio, do fosso, do abismo que separa os polos da relação jurídica de consumo.

É de se concluir então que é através desses atores que o consumo é estimulado. O impacto da publicidade nas escolhas de consumo é de grande importância e deve sofrer rigoroso tratamento por parte do direito.

### 3.2.2 A publicidade como vínculo de oferta ao público

O Código de Defesa do Consumidor, ainda que passados quase um quarto de século de sua promulgação, conserva a feição de um diploma legal inovador que muito contribuiu para a renovação do direito privado com significativas mudanças paradigmáticas. Uma dessas mudanças reside no corpo do artigo 30, o qual vincula o fornecedor de produtos e serviços ao que oferta ao consumidor através de informação ou publicidade, cujo conteúdo integra o contrato que vier a ser celebrado. Este vínculo carrega em si a principiologia que permeia a legislação consumerista, a exemplo da boa-fé objetiva, da confiança e da cooperação entre fornecedores e consumidores o que, de um modo geral, resta previamente explicitado no inciso IV do artigo 4º do CDC.

Observa Cláudia Lima Marques que, sob a perspectiva da relação jurídica, a cooperação pode ser concebida também como fonte de obrigações, já que vincula os sujeitos em funções protegidas pelo direito dada sua importância, mas que não se esgotam na autonomia da vontade (1994, p. 11).

Nesse aspecto é que o artigo 30 do CDC, ao tempo em que caracteriza a publicidade como atividade de cooperação, valoriza-a como ato de vontade apto a criar vínculo obrigacional entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços. E assim, a publicidade suficientemente precisa tal como definida no mencionado dispositivo, passa a ser “[...] um vínculo jurídico comparável em tudo àquele nascido da proposta contratual” (1994, p. 13).

A vinculação obrigacional nascida com a oferta publicitária tem natureza pré-contratual, já que se consubstancia em uma declaração unilateral de vontade através da qual são gerados deveres jurídicos ao fornecedor e correspondentes direitos ao consumidor exposto à publicidade.

A novidade introduzida pelo CDC consiste justamente na possibilidade de se exigir a prestação com o advento da oferta publicitária, que se tornou juridicamente relevante e impôs novos deveres aos fornecedores de produtos e serviços que dela façam uso. Surge justamente pela necessidade de proteção ao contratante vulnerável no mercado de consumo, comando de natureza constitucional.

No direito argentino, a publicidade também possui um efeito específico previsto no artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor, de 1993: “As disposições formuladas na publicidade ou em anúncios, prospectos, circulares ou outros meios de difusão, obrigam o ofertante e se têm por incluídas no contrato com o consumidor” (INFOLEG, 2014). Segundo Ricardo Lorenzetti, para que a publicidade integre a oferta, deve conter disposições precisas no que diz respeito a preço, qualidade, garantia, entre outras. E uma vez que integre o contrato, a publicidade se consubstancia em um fenômeno de heterointegração, onde ambos se complementam (2004, p. 691).

O Código Civil brasileiro não trata diretamente da publicidade, embora disponha no artigo 429, sem precedente no Código de 1916, acerca da oferta ao público. O CDC inova ao igualar a publicidade à oferta e colocar o fornecedor que a veiculou no mesmo estado de sujeição, conhecido pelo próprio Código Civil quando da proposta contratual aceita

(MARQUES, 2011, p. 780). A exigência de que a oferta ao público encerre os requisitos essenciais do contrato para tornar-se obrigatória como prescreve o referido artigo 429 do diploma civil não se demonstra adequada à realidade dos contratos massificados. No direito do consumidor, o caráter vinculativo da oferta não obriga somente o fornecedor a contratar mas a fazê-lo nos termos da informação ou mensagem publicitária veiculada (MIRAGEM, 2013, p. 236).

No entender de Paulo Lôbo, a oferta ao público abrange a utilização de qualquer meio de divulgação coletiva e indeterminada, inclusive a publicidade, e vincula o ofertante como se a proposta houvesse sido dirigida a pessoa determinada, comportando no entanto temperamentos, como no caso da revogação levada a efeito pelo fornecedor através dos mesmos meios utilizados para a oferta, desvinculando-o da proposta (2011a, p. 84).

Referenciando discussão doutrinária ocorrida no direito alemão da década de 80 do século passado, Cláudia Lima Marques defende a vinculação própria da publicidade, tendo por base a responsabilidade pela confiança, trazida ao Brasil com a positivação do princípio da boa-fé no artigo 4º, III do CDC (1994, p. 16).

Quis o Código de Defesa do Consumidor, criando uma nova noção de oferta, regular a relação contratual desde as manifestações promovidas pelo fornecedor para atrair o consumidor aos seus produtos e serviços, desde o momento em que o motiva a adquirir esses bens. A abrangência da proteção é coerente com a dimensão e importância que ocupa a informação no direito do consumidor, quer ao estimular ou induzir o consumo, quer ao descrever as características dos produtos e serviços postos no mercado, assim como o conteúdo do contrato. Amplia-se o dever de informar e o correlato direito à informação porque esta afeta a essência do contrato. Amplia-se o conceito de oferta para que as informações nela constantes integrem o contrato a ser celebrado, após a aceitação do consumidor.

Mais do que pontuar as consequências práticas da modificação do conceito de oferta, o Código de Defesa do Consumidor promoveu mudanças paradigmáticas nas práticas comerciais do mercado, as modificando em respeito ao consumidor como parceiro contratual (MARQUES, 2010, p. 652).

O Superior Tribunal de Justiça já firmou posição acerca da matéria, como é de ver-se da Ementa abaixo transcrita, extraída de acórdão prolatado no Recurso Especial nº 341.405-DF.

Consumidor. Recurso Especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor.

- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

- Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada.

A oferta publicitária, pautada que deve ser na boa-fé objetiva, é fonte de obrigação para o fornecedor, que não poderá se descuidar das informações que veicula em qualquer meio e sob qualquer forma, seja em rádio, televisão jornal ou outros impressos, como folders, porque essas informações criam um vínculo de uma obrigação pré-contratual, qual seja, a de manter a oferta nos exatos termos em que foi veiculada.

### 3.2.3 A atividade publicitária e os princípios constitucionais do valores sociais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de expressão

O presente trabalho tem entre seus objetivos o escopo de demonstrar que o *locus* da atividade publicitária na Constituição brasileira é o Título VII, que estabelece a ordem econômica e financeira.

Não são poucos, no entanto, os doutrinadores que entendem estar a publicidade encravada no campo dos direitos fundamentais, fruto que é da liberdade de expressão.

Para o cotejo de ambas as concepções, far-se-á sucinta análise acerca dos princípios que ora figuram no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da Constituição, ora em seu Título VII (Da ordem econômica e financeira) e levam o intérprete à conclusão de que a publicidade, não obstante estar calcada nas liberdades de uma maneira geral e também, de maneira específica, na liberdade de expressão, tem seu lugar, por se tratar

de uma atividade nitidamente econômica, na estrutura normativa que compõe a ordem econômica.

Eros Roberto Grau conceitua a ordem econômica, que em seu entender é parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), como o conjunto de normas que institucionaliza as relações entre fatores econômicos concretos (mundo do ser) (2002, p. 56).

Em obra que analisa a ordem econômica sob a perspectiva do direito, o mesmo autor constrói uma síntese de quais seriam os princípios constitucionais da ordem econômica, permitindo senão o esgotamento das normas que compõem tal arcabouço, ao menos uma visão panorâmica do marco jurídico que orienta a atividade econômica no país.

Identifica Eros Grau os seguintes princípios: *dignidade da pessoa humana*, como fundamento da República e como fim da ordem econômica (arts. 1º, III e 170, *caput*); *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República (art. 1º, IV) e *valorização do trabalho humano e livre iniciativa* como fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*); *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* como um dos objetivos da República (art. 3º, I); *garantia do desenvolvimento nacional* também como um dos objetivos da República (art. 3º, II); *erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais* como objetivo da República (art. 3º, III) e *redução das desigualdades regionais e sociais*, também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); *liberdade de associação profissional e sindical* (art. 8º); *garantia do direito de greve* (art. 9º); *sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social* (art. 170, *caput*); e *todos aqueles indicados ou enunciados nos incisos do artigo 170* (2002, p. 236).

Dentre os que estão indicados ou enunciados nos incisos do artigo 170 e não foram expressamente apontados por Eros Grau, a defesa do consumidor assume fundamental importância para o adequado funcionamento da ordem econômica. E interessa de maneira direta e profunda a esta pesquisa.

Outro princípio que tem sede no artigo 170 e alicerça não só o estabelecimento da ordem econômica mas a própria circulação da riqueza no ordenamento jurídico brasileiro e que não pode deixar de ser mencionado em uma análise das relações jurídicas econômicas, é a função social da propriedade (inciso III), que inova o texto constitucional e ratifica a opção do constituinte pelo Estado social no Brasil.

Para não abandonar desnecessariamente o foco do trabalho e apresentar uma possível solução para o problema da localização da atividade publicitária no texto constitucional, imperioso se tratar ao menos dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de expressão.

Por mais paradoxal que pareça ser, a intervenção do Estado na livre iniciativa tem o condão de preservá-la, já que o exercício de determinadas atividades à iniciativa de poucos agentes acarreta a concentração do poder econômico:

A conclusão, no tocante aos limites impostos à livre iniciativa em hipotético diploma normativo, está em dar a devida guarida à esfera de liberdade do particular – que age, por ser livre, na busca de maior eficiência e lucratividade –, mas, também admitir seja normativamente valorado o efeito público que marca aquela atividade, agindo de tal forma para que o particular se predisponha na perseguição de fins constitucionalmente valiosos (LAFAYETE, 2005, p.178).

A livre iniciativa é, na dicção do artigo 170 da Constituição da República, alicerce da ordem econômica. É porém no inciso IV do artigo 1º da Carta de 1988 que se afigura o contorno de seu alcance. Em tal dispositivo o legislador constituinte estabelece que estão entre os fundamentos do Estado democrático de direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. E é imperioso reconhecer, conforme interpretação de Paulo Luiz Netto Lôbo, que o uso do conectivo “e” denota que os valores sociais se referem tanto ao trabalho quanto à livre iniciativa, possibilitando a conclusão de que os fundamentos do Estado brasileiro são os valores sociais da livre iniciativa e não esta de maneira isolada: “A livre-iniciativa somente recebe a tutela constitucional se for desenvolvida em harmonia com os interesses sociais e não apenas dos interesses individuais” (2011a, p. 48).

Análise sistêmica da ordem econômica brasileira frente às demais normas constitucionais e a escolha do modelo de economia de mercado em um Estado social, que se caracteriza *prima facie* pela intervenção nessa mesma ordem econômica, permite concluir, na esteira do pensamento de Paulo Lôbo, pelo apontamento dos valores sociais da livre iniciativa como princípio, já que a livre iniciativa em sentido estrito como princípio fundamental do Estado brasileiro, impediria os Poderes Legislativo e Judiciário de exercer controle sobre a atividade econômica (2011a, p. 50).

No mesmo sentido, Daniel Sarmento admite que fundamento da República não é a “[...] livre iniciativa *tour court*” mas os valores sociais apontados no inciso IV do artigo 1º da Constituição:

Verifica-se também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece, ainda, que a finalidade desta ordem é ‘assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170 da CF), tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo (2003, p. 329).

Eros Roberto Grau acrescenta que embora indissociável do direito de liberdade, a livre iniciativa é princípio da ordem econômica mas não foi erigida à condição de direito fundamental (2002, p. 249).

A opção pela força criativa e empreendedora da iniciativa privada e pela responsabilidade de discipliná-la e nela intervir quando necessário à promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social é o que, ao final, caracteriza o modelo econômico adotado pelo Constituinte de 1988:

Esta solução compromissória vê a intervenção direta do Estado nas atividades empresariais como medida excepcional e subsidiária (art. 173 da CF), mas reconhece seu papel como instância reguladora da economia (art. 174 da CF), que deve não apenas zelar pelo bom funcionamento dos mercados, mas também corrigir seus rumos no sentido preconizado pelos valores entronizados na Carta Magna (2003, p. 330).

O exercício da livre concorrência pelos fornecedores de produtos e serviços produz efeitos também na tutela do consumidor. O próprio Código de Defesa do Consumidor prevê, entre os princípios da política nacional das relações de consumo constantes de seu artigo 4º, a “[...] coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízo aos consumidores”. Quer isto dizer que comportamentos abusivos praticados pelos agentes econômicos, ainda que no campo do direito empresarial ou econômico devem sujeitar-se às sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor, isto por óbvio se tais comportamentos puderem causar prejuízos aos consumidores.

Segundo Bruno Miragem:

[...] é possível identificar a convergência, em várias situações, entre os interesses legítimos de consumidores e fornecedores passíveis de tutela, em vista da violação praticada, por outros fornecedores, de normas protetivas da livre concorrência ou da propriedade intelectual. (2012, p. 44).

Necessária se apresenta a harmonização – compatibilização sistemática nas palavras de Miragem – entre as normas de direito do consumidor e aquelas que disciplinam

outras relações de mercado, tudo em função do mandamento constitucional da defesa do consumidor. Assim é que o artigo 170 da Constituição funda o sistema econômico de acordo com a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa e estabelece princípios a serem observados no exercício da atividade econômica, entre os quais a defesa do consumidor, que deve ser compatibilizado com o princípio da livre concorrência, funcionalizado este aos ditames da justiça social. Sim porque não é somente a origem comum do direito econômico que compõe os princípios da ordem econômica, mas a opção político-legislativa de vê-los sob a observância da finalidade de assegurar a todos existência digna, sempre solidária aos avisos da justiça social.

E mesmo por intermédio do princípio da livre concorrência, igualmente estabelecido pelo artigo 170 da Constituição, que concede ao mercado larga margem de liberdade de competição entre seus agentes, é possível reconhecer uma necessidade premente de proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista, e que se encontra em condição de fragilidade frente a uma contratação impessoal e distante, dada a massificação do consumo.

No que concerne à interlocução entre a defesa do consumidor e a livre concorrência, é possível afirmar, como lembra Bruno Miragem, que a proteção do consumidor, além de finalidade a ser assegurada, em última análise pela livre concorrência, é também “[...] critério útil de interpretação das normas do direito da concorrência, determinando, portanto, seu sentido e aplicação” (2012, p. 63), sendo correto asseverar que ditas normas devem orientar-se pelo princípio constitucional da defesa do consumidor (2012, p. 65).

A liberdade de expressão, por sua vez, termina por traduzir nos dias atuais uma das principais características das sociedades democráticas. Segundo Edilson Pereira de Farias, “[...] essa liberdade é considerada inclusive como termômetro do regime democrático” (2000, p. 159).

Em construção doutrinária que visa classificar os direitos fundamentais relativos ao pensamento, Vidal Serrano Nunes Junior os divide em quatro categorias: o direito de opinião, que seria a manifestação do pensamento mediante juízo de valor (art. 5º, VIII, CR); o direito de comunicação, o qual regula a organização e a atividade dos meios de comunicação de massa, garantindo a liberdade de comunicação (art. 221, CR); o direito de informação (art.

5º XIV, CR), que por sua vez compreende o direito de informar – direito à liberdade de informar sem os obstáculos criados pelo Estado –, o direito de se informar mediante a pesquisa e busca de informações (inciso XIV c/c XXXIII do art. 5º, CR) e o direito de ser informado ou de receber informações; e a liberdade de expressão, que abrange a atividade intelectual, científica, artística e de comunicação e agrega à liberdade de manifestação do pensamento um novo conteúdo, que é a exteriorização das sensações, dos sentimentos ou da criatividade do indivíduo (2001, p. 57).

O primeiro embate jurídico acerca da liberdade de expressão teria ocorrido na Inglaterra em 1695, quando o Parlamento optou por não ratificar um documento legislativo que estabelecia censura prévia, chamado de *Licensing Act* (FARIAS, 2000, p. 160).

Alguns documentos pioneiros proclamaram a liberdade de expressão, a exemplo do *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, datado de 1776. Foi consagrada também em 1791 na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, esta de 1787. Assim também ocorreu na França de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No século XX tiveram destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (FARIAS, 2000, p. 160).

Determinados ordenamentos jurídicos elevaram a liberdade de expressão a valor supremo e absoluto. É o caso dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte em 1989, no caso *Texas v. Johnson* decidiu que era inconstitucional lei estadual que criminalizava a conduta de queimar a bandeira nacional. O caso é emblemático por retratar um fato que profana um dos símbolos da nação, igualmente caro aos norte-americanos. No caso concreto, um jovem militante político queimou a bandeira em um protesto contra o Presidente Ronald Reagan, quando de uma convenção republicana. Condenado nas instâncias ordinárias, foi absolvido pela Suprema Corte (BRANCO, 2009, p. 408).

No Brasil, que ainda vive a infância da democracia instaurada após o período de repressão política, a liberdade de expressão também adquiriu *status* de valor absoluto. Qualquer tentativa de regulamentação da imprensa ou outros meios de comunicação, e até mesmo da publicidade, é tido como um atentado a esse direito fundamental.

Não são poucos os autores que sustentam ser o fundamento constitucional da publicidade o direito fundamental à liberdade de expressão, que na Constituição brasileira de 1988 está consagrado no inciso IX de seu artigo 5º, sendo possível ouvir falar em *liberdade de expressão publicitária* ou *liberdade de expressão comercial*. Em Portugal, essa ideia é comungada por Rui Moreira Chaves (2005b, p. 71) e Jónatas E. M. Machado (2002, p. 455).

No entanto, ainda que a publicidade envolva conceitos, ideias, criação, não pode ser confundida com a liberdade de expressão que garante o Estado democrático de direito.

Isto porque só há publicidade no mercado de consumo, fomentado pelos agentes econômicos, não havendo como dissociá-la do ambiente específico da ordem econômica.

A liberdade de expressão, tal como prescrita no inciso IX do artigo 5º da CR, é caracterizada como liberdade de expressão política, esteio do Estado Democrático de direito. Não possui ligação direta com a ordem econômica. Esta, como já visto, tem por princípios, entre outros, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Desses princípios da ordem econômica, porém, somente a defesa do consumidor foi elevada ao patamar de direito fundamental, conforme se depreende do inciso XXXII do art. 5º da Constituição da República.

Ainda que se queira crer na existência de uma liberdade de expressão na atividade publicitária, ela não poderá ser encontrada no rol dos direitos fundamentais.

A associação da atividade publicitária à liberdade de expressão como direito fundamental parece interessar aos fornecedores de produtos e serviços.

A propósito, foi nos Estados Unidos, e não poderia ser diferente dada sua tradição liberal, que surgiu a ideia de livre expressão comercial (*commercial free speech*). O conceito foi desenvolvido pela Suprema Corte em decisões que remontam à década de quarenta.

Uma decisão de 1996 serve como exemplo e bem traduz o raciocínio desenvolvido no julgamento: com a finalidade de diminuir o consumo de bebidas alcoólicas no Estado de Rhode Island, foi editada uma lei proibindo a divulgação dos preços das bebidas. Um fabricante entrou com uma ação pedindo a declaração de inconstitucionalidade da referida lei. A decisão de primeira instância entendeu restar demonstrado no processo que a inexistência de publicidade não contribuiu para a diminuição do consumo de álcool, e que em lugares onde era permitida a publicidade o consumo era menor. O caso subiu à Suprema

Corte, onde foi decidido que a restrição à publicidade não tinha exatamente o intuito de proteger os consumidores mas sim o de atender aos interesses do Estado, que poderiam ser atingidos por outras medidas (tributação, controle de preço) sem que fosse infringida a liberdade de expressão comercial. Segundo a corte, a restrição era mais extensa do que o necessário para inibir o consumo do álcool. Banir a livre expressão comercial passou a ser mais grave do que banir a conduta (PASQUALOTTO, 2012, p. 22).

No Brasil, tendo o Constituinte optado por dedicar um capítulo – no caso o quinto – do Título VIII (Da ordem social) à comunicação, deslocou a publicidade do seu *locus* natural, o Título da Ordem Econômica (Título VII). Por outro lado reforçou a necessidade de harmonização do direito à publicidade a outros princípios constitucionais.

É possível concluir, dessa maneira, que a atividade publicitária encontra seu fundamento constitucional na livre iniciativa e está submetida aos princípios informadores e condicionamentos da ordem econômica estabelecida pelo artigo 170 da Constituição da República.

Embora a Constituição de 1988 não garanta explicitamente um direito à publicidade, muitos autores justificam sua existência com a possibilidade de restrição legal à publicidade de determinados produtos e serviços, tal como previsto em seu artigo 220, § 4º. É o caso de Luís Roberto Barroso que, em artigo onde comenta a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, a qual dispõe sobre a restrição ao uso e à propaganda – na verdade publicidade – de produtos fumíferos entre outros, defende a divulgação da publicidade de cigarro, acreditando se encontrar no capítulo da comunicação social, um direito constitucional à publicidade:

No caso brasileiro é importante observar que, ao instituir o direito à publicidade e admitir sua restrição legal relativamente a alguns produtos, o constituinte o fez no capítulo dedicado à comunicação social, onde cuida especificamente dos meios de comunicação de massa: televisão, rádio e imprensa. É nesses veículos que a publicidade está assegurada, observadas as limitações validamente instituídas. Proibir a divulgação de produtos nesses meios é violar a norma constitucional (2001, p. 43).

Parte da doutrina defende que o *locus* natural da publicidade comercial na Constituição seria o Título VII – Da Ordem Econômica, opinião esposada neste trabalho.

Isto porque não há qualquer dúvida tratar-se a publicidade de uma atividade econômica intimamente ligada à livre iniciativa e à livre concorrência.

Vidal Serrano Nunes Junior afirma que “[...] a publicidade comercial encontra seu fundamento constitucional no capítulo da ordem econômica (Cap. I do Título VII), especialmente no tocante às regras estruturadoras da livre iniciativa, de cujo âmago se extrai a livre concorrência” (2001, p. 156). Importante lembrar que a atividade publicitária é um momento da atividade empresarial e desta não se distingue.

A função da publicidade, levando-se em consideração o seu próprio conceito, é a de persuadir o consumidor a sentir necessidade de um produto ou serviço para depois adquiri-lo.

Em Parecer emitido também acerca da publicidade de cigarros, Virgílio Afonso da Silva, aceitando a existência de um direito constitucional geral à publicidade (subsumido nos direitos à liberdade de expressão, de comunicação e de imprensa), acredita na existência de uma liberdade de expressão exercida na atividade publicitária, a questionada liberdade de expressão comercial. E o faz distinguindo-a da liberdade de expressão chamada política do artigo 5º, uma vez que uma e outra não podem ser confundidas. Até porque o § 4º do art. 220 da CR restringe a publicidade de determinados produtos e não há, ao menos em uma primeira análise, restrição ao direito fundamental à liberdade de expressão, a não ser que, utilizando-se do exercício da ponderação, outro princípio constitucional a ele se sobreponha no caso concreto.

Aponta Virgílio Afonso da Silva que o § 4º do art. 220 é uma Cláusula de Restrição, um dispositivo constitucional que prevê expressamente a possibilidade de que um direito seja restringido em determinados casos. E porque, nesse dispositivo, a publicidade de alguns produtos deva ser restringida, não significa que nos casos não abarcados pela previsão normativa, a restrição não seria permitida.

E cita o exemplo de um fabricante que decide fazer uma campanha publicitária, no horário nobre das principais emissoras de TV do país, com o intuito de divulgar seu mais novo modelo de revólver. As autoridades intervêm para impedir essa publicidade. O fabricante e sua agência publicitária argumentam que a Constituição da República, que garante o direito à publicidade, não impôs nenhuma restrição à publicidade de armas, que embora sejam produtos de venda e utilização controladas, não são produtos ilegais.

Nesse raciocínio, se o entendimento a ser considerado é o de que a restrição à publicidade somente pode se dar nos casos expressamente previstos no art. 220, § 4º da CR, então a publicidade de armas deve ser liberada.

A conclusão do referido autor é que a Constituição garante um direito à publicidade que pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos (SILVA, 2014).

A função da cláusula de restrição é deixar explícito que o legislador, nos casos nela previstos, tem um menor ônus de fundamentar o porquê de determinada legislação restritiva. A própria Constituição determina que a lei deverá ([...] estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. E é também a própria Constituição que define entre os alvos possíveis a publicidade de ([...] tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” (art. 220, § 4º). Assim, o legislador infraconstitucional está liberado do ônus de demonstrar que é constitucional a restrição à propaganda desses produtos e serviços.

Dessa forma, a publicidade de qualquer produto e serviço que desrespeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV no que interessa a esta pesquisa) bem como daqueles que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, pode sofrer restrição. A diferença é que, ao contrário da publicidade de “tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”, o legislador não foi liberado pelo Constituinte do ônus argumentativo para a restrição.

Para distinguir a liberdade de expressão como direito fundamental e o chamado *comercial free speech* dos norte-americanos, melhor adotar a ideia que a própria língua inglesa – até pela limitação de seu vocabulário – oferece, o de livre discurso comercial ou publicitário, sem que necessariamente se deva fazer alusão a liberdade de expressão para construir o conteúdo das mensagens publicitárias.

### 3.2.4 O regime de autorregulamentação publicitária no Brasil e sua (in)compatibilidade com o direito à informação

Como já verificado em outras passagens deste trabalho, o direito do consumidor é um rico tecido em que se harmonizam diversos princípios, que ora estão insculpidos no texto constitucional, ora são extraídos do sistema que serve de base ao direito privado contemporâneo. A boa-fé objetiva, por exemplo, pode ser considerada o alicerce do direito do consumidor, e de resto, de todo o referido sistema. O correspondente princípio norteia as relações contratuais em seus diversos momentos, dirigindo tanto a fase pré-contratual quanto a de execução do contrato e a pós-contratual, esta quando os pactos ou sua eficácia se protraem no tempo.

Assim sendo e como anteriormente afirmado, a boa-fé é fonte de diversos outros princípios, entre os quais o direito à informação, que embora disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, tem sua origem na Constituição.

E não obstante todo o debate que traz consigo aparente conflito entre o direito do consumidor à informação e a liberdade de expressão, é possível afirmar que a informação publicitária, como já também apontado, sofre a incidência do regime jurídico consumerista.

De fato, o sistema jurídico de defesa do consumidor representa um arcabouço legislativo eminentemente vocacionado à proteção e defesa da parte vulnerável da relação de consumo e que tem sua origem e chancela no texto constitucional.

Como afirma Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor é o reflexo mais visível das tendências sociais de uma nova concepção de contrato, não mais afeto com exclusividade ao dogma da vontade, expressão maior da doutrina contratual clássica (2011, p. 268).

Difícil então admitir a aplicação às relações consumo, de normas jurídicas que fujam ao controle do Estado, quer judicial, quer legislativo ou até mesmo executivo. Aceitar essa realidade significa fechar os olhos aos avanços conquistados não só a partir da Constituição de 1988, mas através de toda uma construção histórica levada a efeito com a finalidade de proteger o contratante vulnerável.

É, no entanto, o que ocorre com a atividade publicitária que, regulada pelos próprios agentes interessados, quer se fazer livre da incidência do CDC, o qual disciplina o controle das mensagens publicitárias e proíbe aquelas que sejam enganosas e abusivas.

O controle da publicidade, de uma maneira geral, pode ser exercido através de três modelos: o modelo autorregulamentar puro, onde o próprio mercado atua nesse controle; o modelo estatal puro, onde o Estado é quem exerce o controle de forma exclusiva; e o modelo misto, onde o controle é realizado tanto por meio do mercado quanto pelo Estado.

A opção por não controlar a publicidade, deixando ao talante das escolhas subjetivas de cada profissional os padrões publicitários socialmente aceitos, embora haja vigorado por longo tempo, hoje não subsiste (BENJAMN, 1994, p.48), talvez somente em algumas teocracias islâmicas. Há sempre maior ou menor controle, o que irá depender do nível de desenvolvimento sócio-econômico e político de cada país, do tipo de economia nele existente e do grau de intervenção do Estado em sua ordem econômica. Necessário observar que existe em diversos países controle efetivo da propaganda político-ideológica, que, como já foi visto, difere da publicidade por não possuir discurso de conteúdo e objetivo comerciais ou profissionais.

Na seara do controle da publicidade, o Brasil adota o sistema misto, que se caracteriza pela convivência da regulamentação exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, com as regras legais que submetem a publicidade ao crivo do Poder Judiciário.

O CONAR é uma organização não-governamental com sede em São Paulo, criada em 1980 com o objetivo de fiscalizar o cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, instrumento normativo formado por 50 artigos que disciplinam a conduta ética da atividade publicitária.

Vivia-se em plena ditadura militar e existia enorme preocupação de que o setor publicitário passasse a ser regulado pelo Governo Federal, que no final da década de 70 falava em uma espécie de censura prévia à propaganda. O Código de Autorregulamentação Publicitária e, posteriormente, o CONAR, surgem nesse contexto histórico com o intuito de evitar o que se considerava um verdadeiro atentado à liberdade de expressão.

Já em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, é posto a disposição do cidadão um sistema repressivo com diversos mecanismos de proteção, possibilitando, no que diz respeito à publicidade, além do ressarcimento por danos que a atividade venha a acarretar, a aplicação de penalidades administrativas e judiciais, inclusive penais.

E assim, desde então, o controle da publicidade no Brasil passou a funcionar em um sistema misto, no qual, além da autorregulamentação promovida pelo CONAR, dispõe o consumidor também da proteção do Estado.

Há ainda certo desconforto na sociedade quando se fala em regulamentação publicitária, como se o que estivesse em jogo fosse a liberdade de expressão, o que ocorria na época do regime autoritário, quando se queria controlar o conteúdo das mensagens publicitárias. Não é porém, de fato, o que ocorre nos dias atuais:

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5º do *Federal Trade Commission Act*, dos Estados Unidos da América, com a emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde melhor se desenvolveu a atividade e a criação publicitárias (NERY JÚNIOR, 1995, p. 211).

Não se quer apontar que a publicidade é um mal e por isso deve ser banida. E também não é questionado no presente trabalho o importante papel exercido pelo CONAR ontem e hoje. Importantes decisões foram tomadas no âmbito do órgão regulador privado, com destaque para as Representações 029/13, 329/10 e 008/08, todas referentes a anúncios comerciais que tiveram sua veiculação suspensa, o primeiro por estimular a prática do *bullying*, o segundo por apresentar exemplo de comportamento perigoso para a criança, e o terceiro por incentivar o uso de medicamentos também pela criança (CONAR, 2014). A ética na publicidade assim como o próprio *modus operandi* dessa atividade vem recebendo inúmeras contribuições do aludido Conselho, até mesmo pelo peso moral de suas decisões sobre os regulados (BENJAMN, 1994, p. 50).

O que no entanto pode ser constatado é que as respostas, as decisões do CONAR com relação aos abusos ou ilegalidades praticadas pelo mercado são oriundas do respectivo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, texto normativo que possui eficácia limitada, já que desprovido da força do Estado. Essa ideia fica perfeitamente aclarada com a leitura do artigo 50 do referido Código, o qual estabelece as penalidades a que estão sujeitos

os infratores de suas normas, restando explicitado no § 3º do citado artigo que “Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular”.

É de ver-se que um sistema de normas exclusivamente privado, desprovido da cogência da norma jurídica emanada do poder público, é insuficiente para impedir e reprimir as práticas comerciais abusivas (FURLAN, 1994, p. 102). Sobre a falta de cogência, Erik Jayme apresenta o conceito de norma “narrativa”, aquela que tem efeito simbólico, demonstrando o reconhecimento de uma sociedade: “Encontramos aqui um fenômeno pós-moderno de primeira linha, isto é, um texto legal sem nenhum efeito direto ou reconhecido. Sua finalidade é um apelo à consciência. Aparece a norma ‘narrativa’, que narra, não tem coerção, não manda...” (JAYME, 1999, p. 28).

Outra importante questão diz respeito aos parâmetros éticos e legais estabelecidos para os julgamentos e aplicação de eventuais penalidades no âmbito do CONAR. Caso emblemático é o de uma operadora de telefonia móvel que, em anúncio veiculado, estimula estudantes a enviarem mensagens de texto (sms) aos colegas em sala de aula, cuidando, no entanto, para não serem vistos pelo professor. O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com representação junto ao CONAR, tendo sua Sétima Câmara decidido por impor advertência à empresa (CONAR, 2014). Nítida a abusividade da publicidade, que em uma instância estatal, quer administrativa, quer judicial, teria provavelmente outro desfecho.

Iain Ramsay denuncia a probabilidade de não ser efetiva a autorregulamentação no controle de práticas promocionais efetuadas de maneira agressiva por forças competitivas poderosas, como é o caso da indústria farmacêutica (1992, p. 35).

Segundo Antônio Herman Benjamin, o comportamento do mau anunciante, que se utiliza de publicidade enganosa ou abusiva, diminui a confiança do consumidor e perturba o funcionamento do mercado (1994, p. 55).

De fato, a chamada sociedade de consumo, a “sociedade do pós-guerra”, é pautada por um ritmo cada vez mais apressado, onde no mais das vezes as escolhas de produtos e serviços disponíveis no mercado, a cada dia mais abundante de tipos, marcas e quantidades, são efetuadas com base nas informações prestadas pelos anúncios publicitários, nos quais o consumidor costuma confiar, ainda que por falta de opção:

No mercado impessoal da sociedade de consumo, onde tudo envolve o uso de tecnologia e comunicação estudada, o normal é que o consumidor acredite naquilo que se diz sobre produtos e serviços, notadamente quando são utilizados recursos publicitários. O excepcional é que receba, com dúvida, a palavra do fornecedor, alguém que, ao contrário do que acontecia no mercado interpessoal, nunca aparece em pessoa, tendo ao contrário, entre seus porta-vozes, modelos joviais, bonitos e de aparência honesta, ou, então, depoimentos de personalidades conhecidas e respeitadas no grupo social (1994, p. 55).

O controle legal da publicidade tem, em última análise, a finalidade de garantir ao consumidor a informação precisa e veraz acerca dos produtos e serviços postos a sua disposição, ainda que esse não seja seu único objetivo. Sim porque a publicidade pode não trazer nenhuma informação ou sequer um sentido, representando, no dizer de Cláudia Lima Marques, pura ilusão publicitária. Mas se for veiculada qualquer informação, seja sobre o preço, seja sobre a quantidade ou qualidade, riscos, características e utilidades do produto ou serviço, dita informação há que ser verdadeira (1994, p. 11).

E o controle autorregulamentar, ou seja, aquele exercido pelo próprio setor publicitário, se mostra incompatível com o sistema de proteção ao consumidor hoje vigente no Brasil, capitaneado pelo princípio constitucional da defesa do consumidor, o qual se encontra encravado nos artigos 5º, XXXII e 170, V da Constituição de 1988. Essa incompatibilidade é clara quando se faz necessário conformar a publicidade ao direito do consumidor à informação.

### 3.2.5 A oferta de produtos e serviços de crédito

Se na oferta de produtos e serviços, em especial na publicidade, a informação ao consumidor deve ser prestada da maneira mais abrangente, mais clara e mais precisa possível, na oferta de crédito essa informação é acrescida de requisitos específicos e imprescindíveis ao conhecimento pelo consumidor acerca do contrato que irá celebrar. Tais requisitos constam do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e têm sua razão de ser, além da determinação de proteção que, emanando da Constituição, irradia o CDC, no comprometimento e impacto que a outorga de crédito tem nas finanças e na vida pessoal do consumidor. É justamente na seara da oferta de crédito que ocorrem as maiores violações ao dever de informar e ao princípio da boa-fé nas práticas comerciais afetas ao regime do CDC.

De fato, não é incomum o cidadão se deparar com publicidade que estimula o consumo de produtos e serviços bancários, muitas vezes ofertados para que o consumidor possa realizar um sonho, como a compra de um imóvel, de um carro, uma viagem, entre outros. O apelo idílico, no mais das vezes, impõe ao consumidor uma compreensão incompleta do produto ou serviço a adquirir.

Questão que não pode deixar de ser novamente abordada é a maneira fácil como o crédito ao consumidor pode ser adquirido. Um simples clique de uma tecla no caixa eletrônico dos bancos ou no computador pessoal pode acarretar a contratação de um empréstimo, em especial se o consumidor for correntista ou cliente de uma instituição financeira. E além dos grandes bancos, já conhecidos pela população, que ofertam produtos e serviços bancários pela *internet*, é possível encontrar diversos domínios facilmente indicados nos chamados *sites* de busca ou pesquisa. Exemplos não faltam: [realizesolucoesfinanceiras.com.br](http://realizesolucoesfinanceiras.com.br), [emprestimofacil.com](http://emprestimofacil.com), [emprestimoemcasa.com.br](http://emprestimoemcasa.com.br), [bompracredito.com.br](http://bompracredito.com.br), e [bankfacil.com.br](http://bankfacil.com.br), são alguns dos muitos existentes na rede mundial de computadores. Muitos anúncios publicitários apontam facilidades na aquisição do crédito, inclusive para os já endividados.

Essa facilidade na obtenção do crédito aliada ao apelo publicitário é indubitavelmente a maior contribuição dos fornecedores de produtos e serviços de crédito para o superendividamento do consumidor. Acrescente-se mais a ausência de verificação, por parte dos fornecedores, no que concerne à saúde financeira do consumidor ou suas condições de endividamento no momento da contratação. O Brasil vive um paradoxo nessa questão: ao tempo em que possui um sistema financeiro complexo e bem desenvolvido do ponto de vista tecnológico, não tem o fornecimento de crédito condicionado à capacidade de endividamento do consumidor. Não há cruzamento de informações na concessão de empréstimos. O consumidor pode contratar crédito ou empréstimo consignado – uma das maiores contribuições para a expansão do crédito no país – em um determinado banco; utilizar-se do crédito rotativo em conta corrente, o conhecido “cheque especial”, em outro; e obter terceira espécie de crédito em outra instituição financeira. Para tanto, basta não ter seu nome inscrito nos cadastros restritivos de crédito. De fato, o padrão de análise de crédito no Brasil é a ausência de inscrição nesses tipos de cadastros. A premissa é a de que está apto a contrair empréstimo o consumidor que não tem restrição de crédito. Não imposta o quão endividado esteja.

Ainda no que concerne à publicidade de produtos e serviços bancários no Brasil, é também possível ser observada a utilização de técnicas de *merchandising* que, sob a aparência de uma forma suave de apresentar os produtos e serviços, consistem em uma das maneiras mais agressivas de *marketing*, a exemplo do chamado *product placement*, onde o produto ou serviço é introduzido ao público em programas da televisão, principalmente novelas, sem que o consumidor possa muitas vezes identificar como publicidade.

É comum ver personagens de novela utilizando serviços bancários em aparelhos eletrônicos ou mesmo em agências bancárias em meio a cenas que retratam atividades rotineiras, sem que reste explicitamente demonstrado tratar-se de publicidade. Tal prática afronta veementemente o que prescreve o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, já que difícil a sua identificação como publicidade. O lucro desse tipo de *merchandising* obteve o recorde de três bilhões de reais em 2012, com a telenovela “Avenida Brasil”, da Rede Globo de Televisão (FORBES, 2012).

Partindo da premissa de que a relação entre os bancos e seus clientes é uma relação de consumo e a ela se aplicam as regras e princípios que compõem o Código de Defesa do Consumidor, a oferta de crédito deve estrita obediência ao disposto no artigo 31 do CDC, devendo assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características. No caso específico do fornecimento de produtos ou serviços que envolva a outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, há norma específica nesse sentido. Trata-se do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor.

O cumprimento dessas regras aliadas à vedação de cláusulas abusivas (art. 51, CDC) e aos princípios protetivos inerentes às relações de consumo, como o da boa-fé e o da informação, este inclusive dando sustentação aos mencionados dispositivos, tem o condão de prevenir situações de superendividamento. Vale lembrar que, além das informações que devem ser prestadas por força de lei, o consumidor tem o direito de obter toda e qualquer informação que entender necessária para a celebração do contrato.

Vê-se que, dada a importância do crédito na sociedade de consumo da atualidade, de extrema relevância é a oferta dos produtos e serviços bancários, e os anúncios publicitários que tenham essa finalidade devem sofrer as restrições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição da República.

A combinação dos parágrafos 1º e 3º do artigo 37 do CDC demonstra que é enganosa a publicidade que oferece crédito ao consumidor omitindo no entanto dados ou informações essenciais ou não acerca dos produtos ou serviços. É por sua vez abusiva a oferta publicitária de outorga de crédito que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, como no caso em que a publicidade aponta as facilidades na concessão do crédito sem prestar as informações determinadas pelo artigo 52 do mesmo Código, provocando no consumidor a falsa impressão de que a contratação de crédito é apenas um passo para a aquisição de bens e a realização de desejos, sem consequências de ordem financeira que podem levá-lo ao endividamento excessivo, comprometendo sua higidez mental e física.

### 3.3 OS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

A tipologia dos contratos de crédito oferece uma gama de operações financeiras, largamente utilizadas pelo consumidor. O mercado, além de criativo, gerando novas opções a cada momento econômico, é capaz de se amoldar às mais diversas circunstâncias, ofertando ao consumidor inúmeras possibilidades de adquirir crédito.

Já foi observado que os bancos são prestadores de serviços nos exatos termos do artigo 3º, *caput* e § 2º do Código de Defesa do Consumidor, este último declarado constitucional no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin nº 2591 – para manter na definição de serviço, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. E em assim sendo, dúvida não pode haver acerca da submissão ao Código de Defesa do Consumidor, das relações contratuais travadas com bancos, assim como outros contratos de crédito que não são necessariamente bancários, como os de cartões de crédito, que embora sejam emitidos e administrados por bancos, não figuram entre os contratos tipicamente bancários.

Os contratos de empréstimo, em verdade o mútuo disciplinado nos artigos 586 e seguintes do Código Civil, se apresentam sob diversas modalidades e são os mais comuns na concessão de crédito ao consumidor. São contratos com ou sem garantia, cujas taxas de juros, sempre altas, variam de acordo com o “relacionamento” do cliente com o banco – traduzido em geral pelo volume de depósitos e investimentos – o nível de risco e o prazo acordado.

No sítio do Banco Itaú S.A., uma das maiores instituições financeiras do país, é possível encontrar mais de quatorze (14) tipos de contratos de mútuo para pessoa física, com taxas de juros que variam entre 0,89% ao mês para o crédito consignado a 9,79% no contrato de crédito rotativo em conta corrente (cheque especial) (Itaú, 2014).

Dentre os contratos de fornecimento de crédito ofertados pelo mercado mais utilizados é relevante destacar além do empréstimo (mútuo celebrado por instituição financeira), os contratos de *leasing* (arrendamento mercantil) e alienação fiduciária, geralmente utilizados para aquisição de bens; o contrato de crédito em conta corrente acima mencionado; e o contrato de cartão de crédito (CASADO, 2007, p.59).

O contrato de crédito rotativo em conta corrente, também conhecido como cheque especial ou conta garantida, é a modalidade em que o banco disponibiliza ao cliente uma linha de crédito vinculada à conta corrente que, quando utilizada, gera juros e outro encargos que são cobrados ao final de cada dia, fixando-se um dia do mês para a sua cobrança, comumente o primeiro dia útil. É uma das modalidades mais onerosas para a pessoa física, o que no entanto não é capaz de impedir sua grande utilização no país. Como alternativa ao cheque especial, os bancos em geral oferecem o chamado crédito pessoal, onde quantia estabelecida e aprovada previamente é colocada a disposição do consumidor também em conta corrente, podendo entretanto ser paga de forma parcelada. Com menor risco para a instituição financeira, o crédito pessoal tem taxas de juros menores do que as cobradas no cheque especial. De fácil contratação, vez que a operação pode ser efetuada até mesmo em caixas eletrônicos, é realizado em grande escala (JANTALIA, 2012, p. 133).

Outro tipo contratual grandemente utilizado, responsável por boa parte dos consumidores superendividados e que se tornou o símbolo da abertura de crédito à pessoa física no Brasil a partir do advento do Plano Real em 1994, é o crédito em consignação ou como é conhecido, crédito consignado. Trata-se de modalidade de crédito que se diferencia das demais pela maneira de liquidação, que se faz através do desconto do valor da prestação diretamente na folha de pagamento ou de benefício previdenciário (aposentadorias e pensões). Dada a segurança para as instituições financeiras em virtude da forma de pagamento, em especial nos casos dos servidores públicos, aposentados e pensionistas, as taxas de juros costumam ser menores. Legislação regulatória (Lei nº 1046/50, Lei nº 10.820/2003 e atos administrativos do Sistema Financeiro Nacional), estabelece regras e limites especiais. Ato do INSS (Portaria nº 623/2012) determinou que a taxa máxima de juros dessas operações, no

âmbito do regime previdenciário a si submetido, não poderá exceder 2,14% ao mês (JANTALIA, 2012, p. 134).

A contratação de crédito para aquisição de bens imóveis e determinados bens móveis também é realizada com muita frequência. O crédito imobiliário é responsável por grande parte do volume negociado e abrange as linhas destinadas ao financiamento de construção, aquisição, reforma ou ampliação de imóveis, operando-se em dois grandes sistemas: o Sistema Financeiro da Habitação, que tem como fonte de recursos os depósitos de poupança e os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e o Sistema Financeiro Imobiliário, o qual opera com recursos próprios das instituições financeiras ou com recursos por elas captados junto ao mercado. Várias são as linhas de crédito para a aquisição de veículos automotores. O financiamento se dá mais usualmente pelo contrato de crédito direto ao consumidor – com a alienação fiduciária do veículo financiado – e o arrendamento mercantil (*leasing*). O crédito direto ao consumidor é igualmente utilizado para a aquisição de bens duráveis de consumo, como mobília e eletrodomésticos (JANTALIA, 2012, p. 135).

O cartão de crédito, que compete com o cheque especial na fixação das taxas mais elevadas de juros, dispõe ao seu titular limite de crédito pré-estabelecido e o credencia a adquirir produtos e serviços a prazo em estabelecimentos credenciados, processando mensalmente o valor das compras efetuadas (parceladas ou não) para o pagamento de sua totalidade. Na hipótese do não pagamento do valor total da fatura mensal, o titular do cartão de crédito entra automaticamente em uma linha de crédito rotativo (CASADO, 2007, p. 70).

A exacerbação na oferta de crédito ao consumidor pessoa física demonstra a importância e a necessidade da prestação de informações pelo fornecedor e a cautela que devem ter as instituições financeiras na celebração dos respectivos contratos, mormente no que diz respeito à efetiva possibilidade de pagamento da dívida por parte do consumidor, invertendo a lógica atual do mercado, segundo a qual o consumidor vale mais pelo que dispõe de crédito do que pela real capacidade de pagá-lo.

### 3.3.1 A (des)informação nos contratos de crédito ao consumidor

O princípio da informação, corolário da boa-fé objetiva nas relações de consumo, já estudado no item 2.3.3, é norma fundamental do direito do consumidor. Como igualmente observado, a vulnerabilidade do consumidor impõe uma série de deveres aos fornecedores de produtos e serviços, na tentativa de equilibrar essa relação jurídica que se inicia sob o signo da desigualdade. E dados os diversos tipos de vulnerabilidade verificados no item 2.2.1, é na assimetria das informações que reside um dos maiores problemas do direito do consumidor. Essa assimetria não é privilégio dos contratos de crédito, mas dada a importância e o impacto desses negócios jurídicos na vida do consumidor e de sua família, é neles que a informação assume protagonismo indiscutível.

Os contratos de crédito ao consumidor são todos de adesão a condições gerais predispostas por uma das partes, no caso o fornecedor. Na prática bancária, diversos são os tipos contratuais como diversas são as formas de aceitação e realização. Várias espécies de contratos de crédito pessoal são celebrados nos caixas eletrônicos, onde já se viu o consumidor pode fazê-lo por engano (veja-se a questão do abismo tecnológico no item 2.3.3) ou por mero impulso, dada a facilidade da contratação. Trata-se do consumidor ontologicamente vulnerável, em muitos casos analfabeto funcional – aquele que, apesar de decodificar letras e números, não consegue interpretar o texto ou realizar operações matemáticas – em frente a uma máquina que lhe oferece dinheiro, a um clique de adquiri-lo sem qualquer intermediação, sem nenhum representante do fornecedor a auxiliá-lo ou prestar-lhe informações ou, na melhor das hipóteses, apresentar-lhe os riscos da operação.

O Código de Defesa do Consumidor se preocupou com os contratos bancários e no artigo 52 prescreveu que o fornecedor de produtos ou serviços de outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor deverá informar a este último, entre outros requisitos, aqueles que estão relacionados nos incisos I a IV. Isto quer dizer que não é somente o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, o montante dos juros de mora e a taxa efetiva anual de juros, os acréscimos legalmente previstos, o número e a periodicidade das prestações e a soma total a pagar que devem ser previa e adequadamente informados ao consumidor, mas qualquer outro requisito necessário a garantir-lhe o direito à informação e auxiliá-lo nesse tipo de contratação. Em verdade, o fornecedor de crédito deve

informar todas as condições contratuais que possam dificultar o cumprimento da avença. Importante lembrar que, ainda que as informações sejam suficientemente prestadas, se alguma das cláusulas do respectivo contrato não atender ao sistema de proteção ao consumidor, não será válida e terá sua nulidade decretada. Percebe-se que a informação e a transparência das condições contratuais são os pontos mais sensíveis na seara dos contratos de crédito.

De acordo com Fernanda Nunes Barbosa, o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade possibilitar ao consumidor uma escolha refletida em uma espécie de contrato que pode trazer sérias consequências, inclusive o risco de superendividamento (2008, p. 150).

A verdade é que o crédito fácil atrai o consumidor e, caso não sejam prestadas as informações necessárias, pode se tornar uma perigosa armadilha. O consumidor ao adquirir crédito, dele necessita por algum motivo, ainda que seja a satisfação pessoal de possibilitá-lo dar vazão a sua compulsão pelo ato de comprar. Porém, seja para a realização de um sonho (adquirir um imóvel, um carro ou viajar), seja para suprir necessidades básicas (alimentos, vestuário, educação) em função do que se convencionou chamar de acidente da vida (morte, doença, divórcio, desemprego), ou até mesmo para compras supérfluas por franco consumismo, certo é que o consumidor, por mais escolaridade, discernimento e condições de compreender o tipo contratual a ser celebrado, estará sempre movido por um sentimento de excitação, positiva ou negativa, que diminuirá a sua capacidade de raciocínio. E assim sendo, precisará sempre obter as mais detalhadas informações acerca do negócio jurídico e a advertência sobre os riscos de endividamento. O fornecedor, por sua vez, além de informar e advertir, somente deve conceder crédito a quem pode pagá-lo. É da seara de responsabilidade do fornecedor, a oferta demasiada e a facilitação no momento de contratar, sem o mínimo de cautela ou investigação sobre a capacidade financeira do devedor. O superendividamento é o revés do excesso de crédito.

### 3.3.2 O regime das cláusulas abusivas nos contratos de crédito ao consumidor

As questões trazidas a análise e debate na presente pesquisa se mostram conectadas por eixos comuns e permanentes de discussão, a exemplo do dirigismo contratual,

da boa-fé objetiva e, de uma maneira geral, da eficácia social da constitucionalização do direito privado.

O assunto a ser tratado neste subitem apresenta uma espécie de síntese ou, ao menos, o resultado da conjunção de vários princípios do direito contratual contemporâneo.

Decorrência mesmo da intervenção do Estado na ordem econômica, o regime das cláusulas abusivas no direito do consumidor, ou de forma mais precisa, nos contratos de consumo, representa refinada construção para a busca do equilíbrio contratual: “O direito contratual ‘socializado’ redescobre a função da lei, a qual deixa de ser unicamente interpretativa ou supletiva, para tornar-se cogente, protegendo interesses sociais, atuando como limitador do poder da vontade” (SCHIMITT, 2008, p. 70).

Inserida na ideologia que inspirou os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a proteção contratual significa importante capítulo do direito privado na atualidade. Nesse contexto, o regime das cláusulas abusivas na Lei nº 8.078/90 é poderoso instrumento de proteção do contratante vulnerável, dada a possibilidade inclusive de controle do conteúdo do contrato e a própria nulidade dessas cláusulas.

No entender de Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu dois momentos para harmonizar as relações de consumo e, por consequência, dar consecução ao equilíbrio material nos respectivos contratos, correspondendo o primeiro ao da fase pré-contratual e da formação do vínculo e o segundo a uma ([...] proteção *a posteriori* do consumidor” quando do efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo, com a proibição expressa de cláusulas abusivas (2011, p. 934).

As cláusulas abusivas são conceituadas por Paulo Lôbo como sendo aquelas ([...] que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor ou predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao consumidor ou aderente e desarrazoado desequilíbrio contratual” (2011a, p. 135).

A interlocução entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil tem nas cláusulas abusivas fértil campo de pesquisa e discussão. Sem equivalente no Código de 1916, o Código Civil de 2002 aponta em seu artigo 187 a ilicitude do exercício de direito subjetivo que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, estabelecendo uma espécie de cláusula geral de ilicitude que desenhou novos

contornos à teoria do abuso de direito no direito civil e consolidando, na contratação entre iguais, aquilo que o contrato de consumo já apresentara desde o advento do CDC.

É o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que define em rol exemplificativo as cláusulas abusivas no direito brasileiro, assim como o regime de sua nulidade. O Código Civil versa sobre cláusulas abusivas em seu artigo 424, sancionando com nulidade aquelas que, em contrato de adesão, “estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

A nulidade da cláusula abusiva é uma consequência da própria vocação protetiva do CDC; se opera apesar do contratante vulnerável. Se houvesse gradação de invalidade, as hipóteses dependeriam do interesse do próprio aderente. E o interesse lesado, no caso das cláusulas abusivas, não pertence individualmente ao aderente mas a toda comunidade potencialmente atingida. É uma sanção que decorre da ordem pública de proteção do consumidor, que tem *status* constitucional.

Bruno Miragem apresenta como condição à exata compreensão da matéria a percepção de qual o fundamento da abusividade das cláusulas em direito do consumidor, observando que a doutrina tem afastado o instituto das cláusulas abusivas do conceito de abuso de direito justamente em virtude do que o autor chama de “insegurança teórica”, o que teria sido causado pelo regime vigente até o advento do Código Civil de 2002, que exigia a demonstração da culpa ou dolo na caracterização do abuso, impondo um entendimento extremamente subjetivo (2013, p. 325).

Tal indefinição, no entanto, estaria superada pela concepção objetiva do abuso de direito, para o qual contribuiu sobremaneira a redação do artigo 187 do Código Civil vigente, que consagrou uma “visão socializada” do instituto (2013, p. 326).

Assim, é possível observar que o fundamento do abuso de direito no direito do consumidor está na vulnerabilidade do contratante frente ao fornecedor de produtos e serviços, em decorrência da própria proteção do consumidor como um direito fundamental:

Neste sentido, *a vulnerabilidade do consumidor*, reconhecida de modo implícito pela Constituição – que determina sua defesa/proteção – e expressamente pelo artigo 4º, I, do CDC, *é o fundamento do reconhecimento da proteção das normas em questão ao consumidor* e, com isso, também do *abuso de direito no microssistema do direito do consumidor*. Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica a caracterização da conduta abusiva, no direito do consumidor

esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor. (2013, p. 328).

Assegurando que a invalidade da cláusula abusiva não é da mesma natureza do ato em abuso de direito (art. 187 CC), Paulo Lôbo confirma que é a existência de poder contratual dominante que converte uma cláusula em abusiva: “Para que seja considerada abusiva a cláusula do contrato de adesão a condições gerais basta que provoque o desequilíbrio contratual excessivo e desarrazoado, em favor do predisponente ou fornecedor, sendo irrelevante a intenção (2011a, p. 136).”

Esta a razão de uma mesma cláusula contratual ser considerada abusiva em um contrato de consumo e não ser caracterizada como tal em um contrato paritário, como é o exemplo da cláusula de eleição do foro contratual.

Seria então possível caracterizar a cláusula abusiva como ato em abuso de direito, que embora difira do ato ilícito em sentido estrito, é também, como este, espécie do gênero ilicitude?

Verifica-se a princípio que a cláusula ilícita possui conteúdo ilícito quando inserida em qualquer tipo contratual, independentemente da existência de desequilíbrio de poder negocial entre as partes. Já uma determinada cláusula considerada abusiva em um contrato pode não deter tal qualidade se inserida em outra situação negocial, como no exemplo dado acima, de escolha do foro onde eventual ação será conhecida.

Para Cláudia Lima Marques a diferença entre a caracterização das cláusulas abusivas como ato ilícito ou abuso de direito é mais de grau do que de natureza. Até porque no abuso de direito, que pressupõe a existência do direito, a atividade inicial é lícita. O que acarreta a ilicitude é o exercício do direito de modo excessivo ou lesionante. Já o ato ilícito nasce contrário ao direito, sofrendo a repulsa do ordenamento jurídico:

A tendência hoje no direito comparado e na exegese do CDC é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto reprimir uma atuação maliciosa ou não subjetiva (2011, p. 941).

Transportando a questão para o contrato de consumo, em geral de adesão a condições gerais pré-estabelecidas, a construção das cláusulas de maneira unilateral pelo fornecedor de produtos e serviços é lícita. A ilicitude, e aqui talvez resida uma das dificuldades de precisar a qual categoria jurídica pertence a cláusula abusiva, surgirá do exercício de estabelecer as disposições de forma a causar lesão ao contratante vulnerável,

impondo por exemplo ao consumidor cláusula que autorize o fornecedor a cancelar – melhor dizer resilir – unilateralmente o contrato, sem que igual direito seja outorgado àquele (art. 51, XI, CDC).

A cláusula ilícita nasce com o contrato, se apresenta de maneira plena, sem relação de dependência com o tipo contratual ou com as partes contratantes. Toma-se de empréstimo o exemplo dado por Paulo Lôbo, daquela que estipula o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira (2011a, p. 136) e os ilustrados por Pontes de Miranda, que identifica como ilícita a cláusula que imponha a prática de atos perigosos ou a omissão perigosa de atos, como escalar o Pão de Açúcar ou deixar de comer por dez dias (2012, p. 234).

Dúvidas subsistem e muitos julgados, embora tragam o mesmo resultado prático, utilizam uma ou outra categoria:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA SECURITÁRIA. RECUSA INDEVIDA DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CLÁUSULA ABUSIVA. ATO ILÍCITO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. DOENÇA GRAVE. MENINGITE. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. REVISÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. Abusiva a cláusula de contrato de plano de saúde que exclui de sua cobertura o tratamento de doenças infecto-contagiosas, tais como a meningite. 2. A seguradora, ao recusar indevidamente a cobertura para tratamento de saúde, age com abuso de direito, cometendo ato ilícito e ficando obrigada à reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais dele decorrentes. 3. A recusa indevida da cobertura para tratamento de saúde, em situações de emergência, quando o fato repercute intensamente na psique do doente, gerando enorme desconforto, dificuldades e temor pela própria vida, faz nascer o direito à reparação do dano moral. 4. Segundo entendimento pacificado desta Corte, o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela, em que, consideradas as suas peculiaridades, fixado no valor de dez salários mínimos. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1299069/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013)

O abuso de direito é uma construção jurisprudencial que data do início do século XX e surgiu como uma resposta das cortes judiciais ao liberalismo excessivo presente nos Códigos que sucederam a Revolução Francesa. Teve sempre porém seu significado vinculado à doutrina voluntarista, que via o ato abusivo como defeito na vontade do titular de um direito subjetivo, reforçando-se seu caráter objetivo já mais recentemente. A vinculação ao subjetivismo fez com que alguns tribunais deixassem de recorrer ao abuso de direito, fazendo ascender no Brasil instituto construído com igual propósito mas não mais fundado em base subjetiva: a boa-fé objetiva. A partir da década de 70 do século passado, despontou a utilização da boa-fé objetiva como instrumento de controle do exercício de direitos privados. Hoje é possível também encontrar o uso de um ou outro instituto para esse controle:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. CONSUMIDOR. EMPRESAS DE CONSÓRCIO. COBRANÇA DE VALORES A MAIOR A TÍTULO DE FRETE. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA CONDUTA DAS EMPRESAS. AFRONTA AO DEVER DE INFORMAÇÃO E AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA "ERGA OMNES" DOS EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA PREVISTA NO ART. 2.º-A DA LEI N.º 9.494/97. 1. O repasse ao consumidor do custo do serviço prestado é direito do fornecedor. 2. Configura, porém, abuso de direito o repasse a maior do valor do frete pago à transportadora, desprovido de informação clara e adequada ao adquirente do veículo, acerca dessa prática comercial. 3. Afronta aos deveres de lealdade e de informação, consectários do princípio da boa-fé objetiva. 4. Inaplicabilidade da limitação territorial dos efeitos da sentença, prevista contra pessoas jurídicas de direito privado, incidindo somente em relação às entidades de Direito Público. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 901.548/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 10/05/2012)

Anderson Schreiber tece críticas à redação do artigo 187 do Código Civil por não ter o legislador empregado a expressão “abuso de direito” e sim “ato ilícito”, ainda que se possa remetê-las a uma ilicitude *lato sensu*. Para esse autor, o ato ilícito possui pressupostos próprios já estabelecidos no artigo 186 e o legislador de 2002 teria optado pela boa-fé objetiva como instrumento de controle do exercício de situações jurídicas subjetivas, relegando o abuso a “[...] um papel meramente formal, como degrau (a toda evidência desnecessário) para a atuação de conceitos substantivos expressamente eleitos pelo legislador para o controle das situações jurídicas subjetivas, como o fim econômico e social do direito e a boa-fé objetiva” (2013b, p. 59).

Embora a precisão técnica imponha a caracterização da cláusula abusiva nos contratos de consumo como ato ilícito *stricto sensu*, é preciso reconhecer a importância histórica do instituto do abuso de direito para o combate aos excessos do individualismo e aceitar sua aplicação em diversos institutos específicos que o têm como fonte, como o abuso de poder econômico, publicidade abusiva, entre outros e inevitavelmente às cláusulas abusivas.

O direito brasileiro, prescreve às cláusulas abusivas o grau mais alto da invalidade, que é a nulidade, a qual se opera *ex tunc*. O princípio da conservação do negócio jurídico, no entanto, faz permanecer válidas as demais cláusulas contratuais, caso seja possível: “Nula a cláusula, subsiste o contrato se ficar assegurado objetivamente o justo equilíbrio entre direitos e obrigações” (LÔBO, 2011a, p. 138).

No plano da invalidade se encontram duas barreiras ou bloqueios a que podem ser submetidos os atos jurídicos em geral e que devem ser ultrapassados para a passagem ao plano da eficácia: o da nulidade e o da anulabilidade (LÔBO, 2009a, p. 226). As hipóteses de nulidade e anulabilidade, no entanto, não se confundem. A nulidade atinge o interesse público e, também por isso, é a forma mais grave de invalidade. A anulabilidade atinge apenas os interesses das partes e por tal motivo somente pode ser arguida pelos diretamente interessados: “A tutela legal é apenas posta à disposição dos interessados e não da coletividade; apenas eles podem se valer dela ou não” (2009a, p. 297).

O Código de Defesa do Consumidor escolheu como sanção para coibir as cláusulas abusivas a nulidade, mencionando no artigo 51 a nulidade “de pleno direito”. Paulo Lôbo critica o uso dessa expressão por não haver ato nulo que não o seja “de pleno direito”. Na verdade, o que ocorre com o artigo 51 do CDC é o que, de resto, acontece comumente na doutrina, na legislação e também na jurisprudência: a concepção da nulidade como gênero que tem como espécies a nulidade absoluta e a nulidade relativa. Os operadores do direito têm usado indistintamente essas expressões como sinônimas por confundirem os elementos essenciais que ensejam a distinção entre as espécies de invalidade (nulidade e anulabilidade) com as pessoas legitimadas a argui-la em juízo. A nulidade absoluta corresponderia àquela oponível a todos e que pode ser levantada por qualquer interessado, pelo Ministério Público e pelo juiz *ex officio*; a nulidade relativa, que se confunde com a anulabilidade, teria como legitimados a argui-la somente as pessoas diretamente atingidas pelas consequências do ato viciado. Acontece, porém, que não é a legitimação para suscitar a invalidade em juízo que diferencia a nulidade da anulabilidade mas, no dizer de Marcos Ehrhardt, “[...] o grau de repulsa do sistema ao ato perpetrado”, que no primeiro caso, por atingir interesses da coletividade, fulmina o ato impedindo a produção de seus efeitos próprios e acarretando sua ineficácia, e no caso da anulabilidade, considerando estar em questão apenas os interesses das partes, admite que o ato, ainda que apresentando defeitos, produza sua eficácia específica até que seja desconstituído, se for o caso, já que se não arguida a invalidade pelos interessados pode o ato anulável ser sanado (2011, p. 459).

No caso das cláusulas abusivas, em se tratando de nulidade, como expressa o *caput* do artigo 51 do CDC, sua decretação pode ser levada a efeito pelo juiz de ofício, sem provocação da parte contrária. Dúvida alguma subsiste na doutrina acerca da declaração de nulidade de ofício das cláusulas abusivas, caminhando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário ao das conquistas realizadas na interpretação do microssistema

consumerista com a edição da Súmula 381 STJ, que considera inaplicável aos contratos bancários a decretação da nulidade das cláusulas abusivas pelo julgador *ex officio*. Como será demonstrado adiante, essa interpretação jurisprudencial vai de encontro aos princípios constitucionais que regem o direito do consumidor e se mostra absolutamente desprovida de amparo legal, mormente após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.591, que como observado no item 3.2 foi julgada improcedente para manter, no texto do §2º do artigo 3º do CDC, a expressão “inclusive as de natureza, bancária, financeira, de crédito e securitária” no conceito de serviço.

No que diz respeito à conservação das demais cláusulas do contrato que contenha cláusula abusiva cuja nulidade tenha sido decretada, a legislação argentina, mais precisamente a Lei 24.240, de 1993, determina que o juiz, ao declarar parcialmente nulo contrato, o que faz segundo as regras estabelecidas no artigo 37, inserido este no Capítulo IX (Dos termos abusivos e cláusulas ineficazes), deve simultaneamente integrar dito contrato, caso seja necessário.

A Lei de Consumo portuguesa (Lei 24/96, de 31 de julho) prevê em seu artigo 16º (Capítulo III – Carácter injuntivo dos direitos dos consumidores) a possibilidade de o consumidor optar pela manutenção do contrato quando algumas de suas cláusulas forem nulas, o que ocorre quando excluam ou restrinjam os direitos previstos na própria lei.

No Brasil, além do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que explicita a possibilidade do contrato de consumo não ser contaminado com a nulidade da cláusula abusiva, o artigo 184 do Código Civil, norma já vigente no ordenamento jurídico do país desde o Código de 1916 (art. 153) estabelece regra compatível com o princípio da conservação do negócio jurídico. Marcos Bernardes de Mello fala em princípio da incontaminação da nulidade, segundo o qual a nulidade de um ato não contagia os demais, salvo se deles dependentes: “[...] Se há separabilidade das partes não há contaminação” (2004, p. 74).

Na lei argentina, assim como na portuguesa e no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a cláusula abusiva não invalida o contrato se puderem ser alcançados os fins queridos pelas partes: “O legislador moderno utiliza técnicas para ‘transformar’ o negócio; a convalidação, a confirmação, a reconversão são algumas delas. O que antes dava lugar a frustração, agora dá lugar a transformação (LORENZETTI, 2009a, p. 305).”

Ricardo Luis Lorenzetti aponta discussão na doutrina argentina acerca da condição de inexistência ou de nulidade das cláusulas abusivas. Ainda que a precisão conceitual imponha a distinção entre inexistência e invalidade, indica o autor que os que defendem a inexistência o fazem por entender não ter havido elemento essencial à vida legal do ato jurídico, qual seja, o consentimento do consumidor. Sem consentimento, a convenção deve ser considerada inexistente (2009a, p. 304).

A confusão dos conceitos de ato inexistente e ato nulo remonta à antiguidade: o direito romano concebia o nulo (*nullus*) como inexistente (MELLO, 2004, p. 9). A teoria do fato jurídico é construção recente e os romanos não faziam tal distinção (LÔBO, 2009a, p. 296).

Pontes de Miranda, em sua sofisticada teoria do fato jurídico, já apontava a precisão conceitual como uma questão fundamental para o jurista, insistindo na assertiva em diversas passagens de sua obra. Para Pontes, a precisão conceitual, questão de lógica, seria indispensável aos sistemas jurídicos. Ao tratar sobre existência e nulidade do ato jurídico no §358 do Tratado de Direito Privado, critica esse autor os juristas que permitem identificar o nada com o nulo, a inexistência com a invalidade: “A educação lógico-matemática e física do século XX repele tais imprecisões conceptuais” (2012, p. 69).

Segundo Pontes de Miranda e a doutrina que o seguiu, o legislador pode optar pela caracterização de um ato jurídico como inexistente ou inválido, no caso nulo. Porém se assim o fizer, deve propugnar pela coerência conceitual, já que ditas situações não se confundem:

Certamente, o legislador é livre no incluir, ou não, no conjunto da inexistência, ou no conjunto da existência (mundo jurídico), o nulo. Porém terá de o tratar, sempre, como inexistente, se naquele conjunto o incluiu, ou como existente se o incluiu nesse. Não pode classificar o nulo como não-sendo e tratá-lo como ser; nem classificá-lo como ser e tratá-lo como não sendo (2012, p. 74).

O Código de Defesa do Consumidor fala em nulidade e remete a cláusula abusiva ao plano da validade: “O nulo é a negação da validade; não é negação da existência” (2012, p. 74).

Marcos Bernardes de Mello reduz a complexidade da questão, afirmando que a categoria “ato inexistente” é inservível e representa uma contradição: “[...] se inexistente o ato, ato não pode ser” (2004, p. 68). De acordo com esse autor, o ato inexistente não pode ser

caracterizado como uma categoria jurídica, vez tratar-se de uma situação fática, considerando que o ato não chegou a entrar no mundo do direito: “[...] o fato ao ser juridicizado entra no mundo jurídico pelo plano da existência” (2004, p. 68).

Paulo Lôbo considera incongruente a tese do “ato inexistente”: “há fato jurídico ou não há”. Se o fato não ingressou no mundo jurídico, fato jurídico não é (2009a, p. 225).

Forma de resolver o problema conceitual entre ato inexistente e ato nulo é proposta pelo próprio Pontes de Miranda ao discorrer sobre o efeito das sentenças judiciais que irão sobre os mesmos se pronunciar. Para o jurista alagoano, o efeito da sentença que reconhece a inexistência de um ato jurídico é declarativa. Já a que anuncia o ato nulo é constitutiva negativa. Portanto, declara-se a existência ou inexistência de um ato jurídico. A sua invalidade deve ser decretada (2012, p. 75).

Há confusão conceitual ou no mínimo ausência de rigor técnico na redação do artigo 51, qual seja, a previsão inserida em seu § 4º de ser ajuizada ação própria com vistas a obter a declaração da nulidade de uma cláusula abusiva. Correto seria falar em decretação, já que a mera declaração não teria o condão de integrar o conteúdo da cláusula, caso necessário.

De resto, parece ter andado bem o legislador na elaboração do artigo ao escolher como sanção à redação de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, a nulidade do ato, possibilitando a sua decretação pelo juiz *ex officio*, ou seja, sem a necessidade de provocação da parte contrária. Dita opção, assim como possibilidade de preservação do contrato, são normas que se compatibilizam perfeitamente com o sistema de proteção ao consumidor, quer na seara da Constituição, quer no campo legislativo infraconstitucional, com especial aplicabilidade nos contratos de longa duração.

Retornando a questão controvertida e que vem sendo amplamente discutida, qual seja, a que diz respeito à possibilidade de decretação pelo juiz *ex officio* da nulidade de cláusula abusiva nos contratos de consumo, é forçoso reconhecer que a celeuma não resiste a uma análise sistemática do arcabouço normativo que compõe o direito do consumidor.

O acirramento da discussão foi aprofundado com a edição da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça acima mencionada, que se pensa ter consolidado o entendimento da Corte no sentido de que é vedado ao juiz conhecer de ofício da abusividade de cláusulas,

ressalvando-se no entanto no enunciado, que tal hipótese se aplica exclusivamente aos contratos bancários, aqueles celebrados entre o consumidor e as instituições financeiras.

Severas críticas tem sofrido o referido posicionamento do STJ. E outra não pode ser a opinião da doutrina, que na verdade tem o papel de orientar a jurisprudência e não o contrário.

Ao final do ano de 2001, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF ingressou perante o Supremo Tribunal Federal, com ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a qual foi tombada sob 2591-1 e teve por objeto a declaração da inconstitucionalidade do §2º do artigo 3º da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

A ação tramitou por mais de cinco anos, tendo o acórdão prolatado em junho 2006 transitado em julgado em 25 de abril de 2007. O julgamento da Corte foi pela improcedência do pedido, restando consolidado o entendimento pela constitucionalidade do dispositivo acima mencionado, o qual dispõe sobre o conceito de serviço para os fins estipulados no *caput*, caracterizando como tal a atividade bancária.

Com o julgamento da referida ADIN nº 2591-1, o Supremo Tribunal Federal deu a interpretação final ao §2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, cuja clareza, saliente-se, prescindia de qualquer questionamento. A aplicação do CDC aos contratos bancários é assim inconteste.

Por outro lado, o artigo 1º do CDC dispõe que tal diploma legal estabelece normas de ordem pública e interesse social. Esse preciso aspecto tem o condão de demonstrar a opção do legislador por tutelar uma categoria de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade frente às práticas do mercado de consumo, o fazendo sob os auspícios de regras e princípios constitucionais, mais precisamente, como já afirmado em outro ponto do presente trabalho, os artigos 5º, XXXII, 170, V e 48, este das disposições transitórias (ADCT).

As normas de interesse social são inafastáveis pela vontade individual por interessarem mais à sociedade do que aos particulares (MARQUES, 2011, p. 616). Por isso que o descumprimento do que dispõe o CDC acarreta a nulidade do ato praticado, invalidade que pode e deve ser conhecida pelo juiz de ofício. Em decorrência, reconhece-se a

possibilidade de decretação da nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo pelo juiz (sempre pelo Poder Judiciário) *ex officio*, sem a necessidade de provocação da parte interessada.

A Súmula 381 se demonstra contraditória e incongruente logo de plano ao reconhecer a possibilidade da decretação de ofício pelo Juiz das cláusulas abusivas mas vedá-la na interpretação de somente uma espécie de contrato, no caso aquele celebrado entre o consumidor e os bancos, favorecendo uma única categoria de fornecedores de serviços – justamente aqueles que melhor representam o poder econômico – em detrimento da proteção do consumidor que com os mesmos contrata.

Uma análise crítica dos precedentes que levaram à edição da Súmula permite identificar que ela decorreu de um debate de ordem predominantemente processual, não envolvendo portanto direito material.

E certa vacilação na redação do Enunciado vem acarretando dificuldades no enfrentamento pelo Judiciário de questões que envolvam o poder conferido ao juiz pela lei para a decretação da nulidade de ofício de cláusula abusiva em contratos bancários.

É indiscutível a importância da súmula do entendimento jurisprudencial dos tribunais. A atividade de sumular a interpretação dada pelos órgãos colegiados das cortes de justiça gera segurança jurídica, contribuindo para a prevalência do Estado democrático de direito. Inquestionável também, no entanto, é a formulação de enunciados que contrariam frontalmente a lei, o que é reconhecido pela doutrina de Wagner D. Giglio, juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná):

Entende-se, porém, a revolta contra determinados Enunciados, bem como contra as dificuldades criadas para a sua revisão, porque alguns deles foram realmente formulados de forma precipitada, antes de sedimentadas as discussões e decantada a interpretação prevalente.

Curiosamente, existiram e ainda existem Enunciados que contrariam a lei, frontal e claramente. O Enunciado nº 175, anulado pelos posteriores Enunciados nºs 196 e 283, entendia ser o recurso adesivo incompatível com o processo trabalhista; o de nº 172, muito antes da alteração legislativa que o legalizou, contrariava flagrantemente o disposto no art. 7º, letras a e b, da Lei nº 605, ao incluir a média das horas extras habituais no cálculo da remuneração dos repousos semanais; o de nº 183 veda os embargos contra decisão proferida em Agravo de Instrumento, contra a disposição legal (CLT, art. 894, letra b) que o assegura; o de nº 218 proíbe o recurso de revista contra decisão de última instância proferida pelos TRTs, em Agravo de Instrumento, apesar de garantia legal (CLT, art. 896); o de nº 114 entende 'inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente', violando o art. 884, § 1º, in fine, da CLT, para citar apenas alguns exemplos. (1993, p. 466)

Os precedentes da Súmula 381 do STJ, aprovada pela Segunda Seção em julgamento de 22 de abril de 2009 são o Recurso Especial nº 1.061.530-RS, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.006.105-RS, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 782.895-SC, o Recurso Especial nº 1.042.903-RS, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.028.361-RS, os Embargos de Divergência nº 645.902-RS, o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 801.421-RS e o Recurso Especial nº 541.153-RS.

O recurso paradigma (REsp. 1.061.530-RS) teve seu julgamento realizado segundo o rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, introduzido no diploma por intermédio da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, e que estabeleceu o procedimento para o julgamento dos chamados recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim entendidos aqueles representativos de controvérsias fundadas em uma mesma questão de direito. Nele uma instituição financeira recorre de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em sede de apelação interposta em face de decisão prolatada em ação de revisão contratual, negou provimento ao recurso interposto pelo banco, afastando de ofício a cobrança de alguns encargos.

O ministro relator do incidente de processo repetitivo determinou a suspensão do processamento dos recursos especiais que versassem sobre contratos bancários no que diz respeito a juros remuneratórios, capitalização dos juros, mora, comissão de permanência, inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito e, no que mais interessa à presente análise, a disposições de ofício no âmbito do julgamento de apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal. Vê-se que a questão de fundo discutida nos precedentes é

eminentemente processual: a possibilidade da nulidade da cláusula abusiva ser decretada de ofício em sede de apelação sem que a matéria tenha sido devolvida ao Tribunal, ou seja, sem que a parte a tenha impugnado (princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*).

No julgamento do Recurso paradigma, a própria Relatora, Ministra Nancy Andrighi, admitiu que o não reconhecimento de ofício da cláusula abusiva representa manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico complementar (art. 51 CDC cumulado com o art. 168, parágrafo único CC/02, o qual determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos).

Voto do Ministro Luís Felipe Salomão garante a possibilidade de reconhecimento das disposições de ofício quando presente a hipossuficiência do contratante consumidor, como resultado da interpretação sistêmica e convergente dos seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor: 51; 4º, I (reconhecimento da vulnerabilidade); 6º, IV (proteção contra práticas e cláusulas abusivas); e 39, IV (vedação ao fornecedor de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor).

Além do questionamento acerca da razão de ser da vedação do reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas no julgamento de ações que envolvam apenas os contratos bancários, outro emerge com a mesma importância: se grande parte da discussão travada nos precedentes e no recurso representativo foi fixada no princípio processual do *tantum devolutum quantum appellatum*, porque foi vedado também ao juízo de primeira instância a declaração de abusividade?

Não há qualquer sentido nessa orientação jurisprudencial, que viola veementemente e de início uma série de normas constitucionais, como os princípios da legalidade, da isonomia, da proteção do consumidor e da existência digna conforme os ditames da justiça social, entre outros, todos vetores da ordem jurídica estabelecida.

## **CAPÍTULO IV – O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONTRATANTE CONSUMIDOR**

*Sumário:* 4.1 – Crédito e endividamento excessivo. 4.2 – O consumidor de crédito. 4.3 – Noção geral de superendividamento. 4.4 – Superendividamento ativo e passivo. 4.5 – Superendividamento e prodigalidade. 4.6 – O superendividamento das famílias frente às escolhas de consumo. 4.6.1 – A família como entidade consumidora. 4.6.2 – O consumidor infante-juvenil e o endividamento das famílias. 4.6.3 – A necessidade de regulação e controle da publicidade dirigida ao público infante-juvenil dado o seu impacto no consumo das famílias.

### **4.1 CRÉDITO E ENDIVIDAMENTO EXCESSIVO**

O conceito e a história do superendividamento se confundem com a história do crédito. Como aponta Cláudia Lima Marques, “[...] crédito e endividamento são dois lados da mesma moeda” e devem ser tratados de maneira conjunta sob a perspectiva de “[...] causa e efeito deste novo modelo de sociedade endividada e globalizada de consumo” (2006, p.14). No Capítulo I deste trabalho foi possível estabelecer um desenho acerca da evolução no rumo da proteção do devedor, do contratante vulnerável, do consumidor enfim. Neste Capítulo tratar-se-á, em um primeiro momento, da definição do instituto do superendividamento, prosseguindo-se com o aprofundamento da mencionada relação de causa e efeito no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é buscar respostas a um importante questionamento que precisa ser esclarecido não só para uma melhor compreensão desse fenômeno contemporâneo mas também para a proposição de soluções ou ao menos medidas que possam prevenir e minimizar os efeitos da mazela social com característica viral que hoje acomete praticamente a totalidade das nações e traz preocupações de toda ordem, inclusive, e principalmente no que interessa ao presente trabalho, aos operadores do direito: o que contribuiu, do ponto de vista jurídico, para o agravamento do endividamento da população?

E uma possível resposta ao questionamento proposto não pode ser encontrada sem uma análise, ainda que perfunctória, do processo histórico-social e, de modo mais profundo, do processo jurídico, mais precisamente do modo como o crédito vem sendo tratado na legislação e jurisprudência brasileiras.

O fenômeno do superendividamento, embora presente na realidade econômica e jurídica brasileira a partir dos últimos anos do século XX, surge com forte ocorrência na Europa e nos Estados Unidos do pós-guerra. Na verdade, é nas décadas de 70 e 80 do século

passado que eclode a oferta de crédito nos continentes europeu e norte-americano. É nesse período que o papel econômico do crédito adquire importância fulcral. A ele é atribuída responsabilidade pelo crescimento econômico e pelo aumento da produção (PEREIRA, 2006, p. 167).

O período referido representa o marco da chamada sociedade de consumo. A produção industrial massificada, a intensificação da publicidade com a criação dos aparelhos de televisão e o apelo consumista que surge também como compensação às agruras do mundo que se abre a toda sorte de experiências, são algumas das características que identificam essa “nova era”. Exemplo dessas experiências é a liberdade sexual, que traz consigo uma mudança radical na posição ocupada pela mulher no meio social e na família, o que repercute em suas escolhas também como consumidoras. Na família, as funções parentais passam a ser discutidas e até divididas quando da inserção da mulher no mercado de trabalho. A partir de então os filhos ingressam mais cedo na vida escolar e passam a ser cuidados por pessoas diversas da mãe, como as avós, tias ou babás. A sensação de abandono por parte dos pais faz nascer um sentimento de culpa que muitas vezes encontra no consumo uma forma de neutralizá-lo. E a criança passa também a influenciar as escolhas das famílias no mercado consumidor, o que cresce exponencialmente com o acesso às novas mídias e o surgimento da rede mundial de computadores, a internet. A “vida útil” do consumidor aumenta também pela melhoria da qualidade de vida no que concerne à saúde, fazendo crescer a expectativa de vida da população, que no Brasil chegou a 74,6 anos em 2012 (IBGE, 2012), aumentando para 74,9 anos em 2013 conforme divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE através das tábuas de mortalidade da população, disponível em seu sítio na *internet* (IBGE, 2013). Essas são apenas algumas das múltiplas faces que a vida contemporânea apresenta. Muitos comungam da certeza de que hoje já se vive a pós-modernidade ou “segunda modernidade”, para utilizar o termo cuja criação é atribuída a Ulrich Beck para conotar a fase marcada pela modernidade “voltando-se sobre si mesma” ou a era da “modernização da modernidade” (BAUMAN, 2000, p. 12). Estes acreditam que o século passado promoveu rupturas e transformações capazes de, verdadeiramente, marcar o início de um novo período da história, uma nova era para a humanidade.

Outros há que creem, no entanto, – e o presente trabalho apoia-se nesse entendimento – que, apesar das transformações a que se submeteu a modernidade, seu ciclo não chegou ao fim.

Certo é que o século XXI se inicia em meio a uma verdadeira explosão no mercado de consumo, o que faz com que muitas vezes o consumidor necessite de crédito para fazer face a essas demandas. No Brasil, a oferta de crédito ao consumidor pessoa física vem se manifestando em uma curva crescente desde a estabilização da moeda em 1994. A partir da edição do plano econômico que criou nova moeda no país – o chamado “Plano Real” - a inflação, que chegou ao índice de 82% (oitenta e dois por cento) no mês de março de 1990, acumulando 5.000% (cinco mil por cento) nos doze meses antecedentes, foi reduzida à média anual de 7,6% (sete vírgula seis por cento) entre 1995 e 2010, de acordo com dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (IPEA, 2011). Até 1994 o crédito ao consumidor era restrito, difícil e bastante caro. Com a estabilidade os bancos precisaram reinventar suas fontes de lucro e identificaram no crédito ao consumidor pessoa física uma opção. Tem início então o ciclo da “democratização do crédito”, crédito este concedido muitas vezes de maneira indistinta e sem a necessária cautela, oferecido indiscriminadamente ao contratante sem face, à massa de consumidores ávidos por um lugar no portal de acesso a produtos e serviços. Tem início o ciclo do superendividamento do consumidor brasileiro.

A ideia da democratização do crédito foi recebida pelos governos que se seguiram ao Plano Real como uma maneira de estimular o consumo e aquecer a economia do país, na esteira das demais “locomotivas” que compõem o agrupamento econômico formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS), cujo Produto Interno Bruto (PIB) supera, em paridade de poder de compra, o dos Estados Unidos ou o da União Europeia (ITAMARATY, 2014).

O crédito, por óbvio, não é em si um mal. Pelo contrário, como elemento estrutural das economias de mercado, é responsável por seu incremento, já que promove a circulação de bens e serviços, com repercussão direta na indústria. As economias de capital há muito dele dependem. Necessidades básicas do ser humano como a moradia dependem da concessão de crédito, assim como muitas vezes o próprio consumo do que se insere na esfera daquilo que o homem precisa para existir (SILVA, 1976, p. 92). No que diz respeito às necessidades que são criadas pela sociedade de consumo não se faz diferente. Sim, porque os produtos e serviços não são postos em circulação apenas para atender a “necessidades sentidas” de consumo mas também para provocar a necessidade de consumo (LÔBO, 1996, p. 11). Referindo-se à dependência psíquica que grande parte da população mundial possui em

relação ao consumo, seja de bens, seja de serviços, Fernando Estevam Bravin Ruy observa que:

[...] esse é um dado que cria a dependência também em relação à necessidade de crédito, uma vez que este não se sobsome apenas em necessidades materialmente identificadas, mas também nas conclusões subjetivas, meramente psíquicas, que cada cidadão tem sobre suas necessidades. (2014, p. 366).

É possível afirmar que o crédito tem o condão de permitir a melhoria da acessibilidade aos bens de consumo, o que em última análise contribui para o aumento do bem estar das pessoas e das famílias (FRADE, 2006, p. 23).

Embora já na antiguidade a operação de meios de pagamento traga registros da atividade bancária, é na modernidade que surge a finalidade de concessão de crédito. A origem do sistema bancário tal como é conhecido hoje se dá como uma consequência do nascimento das cidades comerciais europeias e da necessidade de fazer circular o patrimônio a partir do final do século XV, quando o crédito é institucionalizado (MIRAGEM, 2013, p. 61). Clóvis do Couto e Silva, ao tratar da obrigação pecuniária, referencia essa fase da história e seu contributo para o conceito de mercadoria pela mobilização dos capitais, “[...] a qual, como efeito de desenvolvimento da especulação, atingia já no século XVI, principalmente em Antuérpia, a categoria de ‘febre’ generalizada” (1976, p. 180).

A etimologia da palavra crédito (*creditum*) traz a ideia de confiança (HOUAISS, 2009, p. 568), de uma convicção que se justifica pelas qualidades de uma pessoa ou da propriedade de determinada coisa dada em garantia, embora atualmente, a concessão de crédito dependa mais de conjunturas macroeconômicas referentes ao mercado do que de estipulações pessoais (RUY, 2014, p. 352).

Na acepção jurídica, crédito pode tanto significar um direito subjetivo a uma prestação – dar, fazer e não fazer, na clássica definição da relação obrigacional – quanto um bem móvel, quer se trate de título representativo, quer se refira ao direito de crédito que dele decorre. Crédito pode representar igualmente um interesse não patrimonial, “um fim, que não atende apenas a interesses patrimoniais”, como referido por Bruno Miragem:

Ter crédito, mesmo quando mantido o exame circunscrito à perspectiva econômica, não significa exclusivamente acesso efetivo a recursos econômicos. (...) Não raro o interesse útil de determinado agente econômico não é o de possuir certo recurso, mas ter a segurança de que se encontra disponível, no caso de pretender utilizá-lo. (...) A noção de crédito como fim diz respeito ao fato de ser digno de confiança, gozar de credibilidade para o propósito de obter recursos que não lhe seriam alcançados de outro modo. E nada há de abstrato nesta noção (2013, p. 63).

A teoria geral dos títulos de crédito, concebe o crédito como a negociação de uma obrigação futura, que será utilizada para a concretização de negócios atuais: “Representa a troca de um valor presente e atual por um valor futuro”, em uma relação jurídica que contém dois elementos implícitos, quais sejam, a confiança e o tempo (RUY, 2014, p. 351).

O crédito concedido às empresas sempre implementou o desenvolvimento da economia dos países capitalistas, consistindo-se em operação bancária típica, a que foi agregada a concessão de crédito ao consumidor mais recentemente, no decorrer do século XX. Na sociedade de consumo o crédito se torna indispensável, de maneira que os atos jurídicos que o formalizam assumem características de atos verdadeiramente existenciais (SILVA, 1976, p. 92). É justamente o crédito ao consumo que vem chamando a atenção dos governantes, economistas e juristas nas últimas décadas, em especial o crédito para lidar com as despesas cotidianas:

Não são poucos os que se endividam para pagar despesas corriqueiras, despesas de manutenção diária ou despesas com serviços indispensáveis que já não são providos pelo Estado ou que nunca o foram adequadamente. Parte do endividamento que preocupa deriva, sobretudo, do aumento de recursos necessários para prover a subsistência. O crédito pessoal, adiantado sob a forma de cartão de crédito ou cheque especial, crédito sem garantias reais, portanto, constitui substancial parcela do crédito ao consumo (MARQUES, 2006, p. 6).

Considerando o eixo temático deste trabalho – o superendividamento do consumidor – tratar-se-á de uma maneira geral do crédito oriundo dos contratos firmados com instituições financeiras e, ainda que tendo assumido importância entre as décadas de 60 e 90 do século passado e se apresente hoje de forma incipiente, do crédito ofertado diretamente pelo comerciante.

Sob a perspectiva econômico-financeira, a concessão de crédito, seja à atividade empresarial, seja ao consumidor, como já afirmado, é vital para a economia. O endividamento se apresenta como uma consequência natural, desde que haja equilíbrio entre a poupança e o consumo da população (RUY, 2014, p. 366). Esse equilíbrio no entanto se torna difícil de

concretizar dada a dependência das economias ao consumo da população, o que é facilitado e agravado pela chamada “globalização econômica”, que torna os mercados dependentes uns dos outros. A última crise financeira mundial iniciada em 2008, teve sua origem a partir da expansão do crédito imobiliário nos Estados Unidos, o que ocorreu em paralelo a uma decisão do banco central norte-americano de diminuir os juros no país visando incentivar empréstimos para que consumidores e empresas gastassem mais. Essas medidas estimularam a compra de imóveis pelos consumidores, não só para moradia mas também como forma de investimento, o que deu início a uma especulação financeira sem precedentes, que culminou com a falência de diversas instituições financeiras e com a quebra da bolsa de valores de Nova York, a que se seguiram diversas crises nos mercados europeus e de outros países, com mais ou menos intensidade. A crise financeira mundial iniciada em 2008 foi, dessa maneira, uma crise de crédito.

No Brasil, onde os efeitos da referida crise não foram absorvidos com o mesmo impacto sofrido em diversos outros países, a história recente demonstra o estímulo ao consumo como a opção escolhida pelos governos para a aceleração do crescimento econômico. No entanto, o consumo exagerado de bens e serviços pelo consumidor vem acarretando o endividamento excessivo da população, que hoje recorre aos mais diversos tipos de crédito para fazer face a suas demandas de consumo em um ciclo vicioso que induz ao superendividamento, um grave problema de ordem econômica e social que necessita de tratamento jurídico.

No Brasil, já desde o ciclo econômico do café, no final do século XIX, tornaram-se acentuadas as relações de crédito. No caso específico do café, essas relações ultrapassaram as situações jurídicas existentes entre comerciante e produtor, transmudando-se em uma complexa rede de função financiadora (RUY, 2014, p. 46).

A Constituição imperial (1824) nada dispõe sobre as atividades econômicas privadas, dedicando-se o Título 7º à “Administração e Economia das Províncias”, onde somente as finanças públicas são contempladas (Capítulo III – Da Fazenda Nacional).

A primeira Constituição da República (1891), apesar de estabelecer a competência do Congresso Nacional para legislar sobre moeda e bancos de emissão (art. 34, §§ 7º e 8º), não tece outras disposições acerca da economia privada.

A Constituição de 1934, além de prescrever dispositivos que versam acerca da competência para legislar sobre sistema monetário e bancos de emissão (arts. 5º, XII; 39, 8-e; e 91, 1-j) institui em seu Título IV (Da Ordem Econômica e Social) forte intervenção na ordem econômica, estipulando em seu artigo 117 que a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito, e estabelecendo no parágrafo único desse mesmo artigo a proibição da usura, punida na forma da lei, o que se repete na Constituição de 1946 (art. 154), a qual também repele o abuso do poder econômico (art. 148) e estabelece que a lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito (art. 149).

Já a Constituição de 1967, não mais versando de maneira explícita sobre a usura, prevê como princípio da ordem econômica a repressão ao abuso do poder econômico (art. 157), o que é igualmente previsto no texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 160).

Não obstante a ausência de regulamentação da economia na Constituição de 1824, é possível apontar o ano de 1808, com a chegada da família real portuguesa no Brasil, como um importante marco do sistema financeiro nacional. É que com esse acontecimento é fundada a primeira instituição financeira do país, o Banco do Brasil. No entanto, somente em 1920, mais de cem anos depois, foi criado um órgão para fiscalizar a atividade bancária, a Inspeção Geral dos Bancos.

Somente após o final da 2ª Guerra Mundial, mais precisamente em 1945, foi criada a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), que também tinha a missão de fiscalizar as atividades das instituições financeiras e mais tarde, com a “Reforma Bancária” de 1964, passou a se denominar o que hoje se conhece por Banco Central do Brasil, instituição fundamental para a circulação do crédito no país.

Questão que assume grande importância na discussão sobre o crédito são os juros. Dado o regime capitalista adotado pela economia brasileira, o juro tem fundamental importância em seu sistema financeiro. Antes tratado como um instituto da economia, vem, a partir do século XX e cada vez mais, passando a fazer parte das interpretações levadas a efeito pelos operadores do direito. Inexiste definição normativa, embora a origem etimológica da palavra remeta à expressão latina *jure*, associada a *jus*, *júri*, direito e esteja disciplinado pelo Código Civil (art. 406).

Para o direito, juro é o fruto civil do crédito. É bem acessório que corresponde ao rendimento do capital, no campo econômico e tem por pressupostos no dizer de Paulo Lôbo, o valor da prestação e o tempo de permanência da dívida (2011b, p. 254).

Duas são as espécies de juros: o compensatório, equivalente a uma remuneração ao credor enquanto a dívida se protraí no tempo, e o moratório, cobrado após o vencimento da dívida e em função do inadimplemento. Serão legais se decorrerem de norma jurídica ou convencionais se oriundos de negócio jurídico, neste caso dependendo de forma escrita.

A Grécia antiga teve sua economia baseada no comércio e o crédito desempenhava papel fundamental nas negociações, sendo bastante utilizado o empréstimo a juros. Na época, até mesmo os templos emprestavam dinheiro, não só às pessoas mas também aos governos das cidades. Em Roma, a atividade bancária foi pouco desenvolvida e teve sua prática relegada aos estrangeiros, predominante gregos (JANTALIA, 2012, p. 6).

Na Idade Média, a Igreja Católica condenou a prática da usura, vista como pecado, e influenciou sobremaneira a atividade creditícia, restando vedado por longo período de tempo o empréstimo a juros. Vários Concílios apresentaram normas que proibiam a usura, destacando-se o Concílio de Pavia (850 d.C.), a partir de quando os usurários passaram a ser punidos com a excomunhão, o que colaborou para a edição de leis que reforçaram a condenação religiosa. Tementes da excomunhão, banqueiros e governantes mantiveram por muito tempo a proibição à usura. O crescimento econômico, no entanto, fez com que, por volta do século XI se desenvolvessem formas de burlar a vedação. Segundo Fabiano Jantalia, “[...] embora não fosse aceito o pagamento de retribuição do credor com o pagamento de juros, nada impedia o pagamento de compensações indiretas, a título de reembolso por perdas ou despesas, ou mesmo pela demora no pagamento do empréstimo” (2012, p. 8). Assim ocorreu até o século XIV, quando calamidades como a Guerra dos Cem Anos e a Peste Negra fizeram suceder graves crises econômicas, elevando as taxas de juros a patamares jamais vistos, chegando a 173% (cento e setenta e três por cento) na França. Já no século XV os “montes de socorro”, instituições criadas pelas cidades para reduzir as taxas cobradas pelas casas de penhores e que emprestavam à taxa de seis 6% (seis por cento) ao ano a título de reembolso de despesas e bem abaixo do mercado, tiveram seu funcionamento autorizado pela Igreja, que não considerava juros a taxa cobrada, mas despesas administrativas (2012, p. 10). Até que, com a reforma protestante no século XVI, os juros foram legitimados como remuneração de capital (LÔBO, 2011b, p. 256).

No Brasil colonial, o direito português absorveu a restrição aos juros da Idade Média e as Ordenações Afonsinas (séc. XV) chegaram a prescrever que cobrar juros usurários é contra o mandamento de Deus. A questão foi amenizada pelas Ordenações Manuelinas, que passaram a admitir algumas exceções. Foi com as Ordenações Filipinas que os juros foram institucionalizados no país, ainda que sendo estipuladas graves sanções para a usura (JANTALIA, 2012, p. 94).

A liberação para a cobrança de juros em empréstimos surgiu com a Lei de 24 de outubro de 1832, a qual estipulou ser de livre convenção a taxas de juros, limitando-a porém a 6% (seis por cento) ao ano nos casos de condenação em juízo ao pagamento de juros não taxados por convenção. O instrumento negocial fazia-se necessário como prova (2012, p. 95).

Por influência do liberalismo econômico, o Código Comercial de 1850 manteve a liberdade na pactuação dos juros, vedada a cobrança de juros sobre juros (art. 253). O mesmo ocorreu com o Código Civil de 1916 que, embora permitisse a contratação livre (art. 1.262), fixou uma taxa de 6% (seis por cento) ao ano, aplicada quando não houvesse expressa previsão contratual (arts. 1.062 e 1.063).

A liberdade de fixação das taxas de juros no Brasil, proibida sempre a estipulação usurária, durou até a década de 30 do século XX, quando foram sentidos os efeitos da quebra da Bolsa de Nova Iorque sobre a economia, especialmente a circulação de crédito. Foi então editado o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que consolidou a repressão à usura e ao anatocismo no ordenamento brasileiro. O Decreto, que ficou conhecido como “Lei da Usura”, fixou a taxa de juros de 12% (doze por cento) ao ano (art. 1º), proibiu a contagem de juros sobre juros, o anatocismo (art. 4º) e tipificou como crime a usura (art. 13). As Constituições que se seguiram (1934 e 1937) vedaram expressamente a usura, elevando a disciplina da matéria a *status* constitucional. Em 1938 foi editado o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro, que dispôs sobre os crimes contra a economia popular e tratou sobre a usura em seu art. 4º. A Constituição de 1946 manteve a proibição à usura, assim permanecendo até 1964, com a Lei 4.595, de 31 de dezembro, que subtraiu da incidência da Lei da Usura as instituições financeiras. E ainda em 1951, a Lei nº 1.521 de 26 de dezembro, alterando dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, manteve a proibição à usura e tipificou como crime em seu artigo 4º a usura pecuniária ou real. O parágrafo 3º do mesmo artigo 4º determinava a nulidade da estipulação de juros ou lucros usurários. Este dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 2.172-32/2001, que será

tratada adiante. Antes, no entanto, restando à jurisprudência sedimentar a proibição à prática da usura, terminou o Supremo Tribunal Federal por beneficiar as instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional, sumulando entendimento segundo o qual as disposições da Lei de Usura às mesmas não se aplicam, conforme Enunciado nº 596, de 1977.

A discussão acerca da limitação das taxas de juros no plano constitucional retornou com a Assembleia Nacional Constituinte e a Carta de 1988, em sua redação original, estabeleceu que aquelas não poderiam ser superiores a 12% (doze por cento) ao ano, considerando-se crime de usura a cobrança acima desse limite (§ 3º do art. 192). Porém como o *caput* do artigo 192 remeteu a regulação do sistema financeiro nacional a edição de lei complementar, grande controvérsia irrompeu no que diz respeito à auto-aplicabilidade do mencionado § 3º.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, o Supremo Tribunal Federal, já em 1991, decidiu que o dispositivo não era autoaplicável. A decisão se deu por apertada maioria e assumiu extrema relevância e influência no regime jurídico da cobrança de juros. A questão entretanto não restou pacificada, continuando diversos magistrados a aplicar limite de juros aos contratos bancários.

Na sequência, foi editada a já mencionada Medida Provisória nº 2.172-32/2001, estabelecendo a nulidade das estipulações usurárias mas excluindo do seu âmbito de incidência (art. 4º) as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (inc. I), as sociedades de crédito que tenham por objeto social exclusivo a concessão de financiamentos ao microempreendedor (inc. II) e as organizações da sociedade civil de interesse público de que trata a Lei nº 9.790/1999 que se dediquem a sistemas alternativos de crédito sem vinculação com o Sistema Financeiro Nacional (inc. III).

Em 2003, com a Emenda Constitucional nº 40, a redação do artigo 192 foi alterada e reduzida para determinar que o Sistema Financeiro Nacional fosse regulado por leis complementares, nada mais dispondo sobre taxa de juros. E assim o tema passou a ser regulado pelo Código Civil de 2002, que no artigo 591 estabelece a presunção da dívida de juros mas limita a taxa de cobrança àquela “que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

No mesmo ano de 2003 o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado nº 648 para confirmar que “a norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela EC

40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”. Esta é hoje a mesma redação da Súmula Vinculante n° 7, aprovada em sessão plenária de 11 de junho de 2008.

O Superior Tribunal de Justiça por fim, em discussão acerca da natureza das administradoras de cartões de crédito, sumulou entendimento considerando-as instituições financeiras e não as submetendo às limitações da Lei de Usura (Enunciado n° 283).

Poder-se-ia dizer então que não há atualmente limites constitucionais à estipulação de taxas de juros no Brasil. Não é essa conclusão precipitada, reducionista e estruturalista, no entanto, a que deve o intérprete alcançar do corpo normativo da Constituição. As regras e princípios que compõem o sistema constitucional, funcionalizado que deve ser aos ditames da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais da livre iniciativa, da solidariedade, da justiça social e da defesa do consumidor, não levam a outro caminho interpretativo senão o de que as taxas de juros devem ser limitadas, evitando-se assim estipulações usurárias.

#### 4.2 O CONSUMIDOR DE CRÉDITO

Na toada da boa-fé, princípio norteador das relações de consumo, é imperativo, para uma melhor compreensão do significado de superendividamento, não se descurar da importância do conceito de consumidor. Quem é precisamente o consumidor de crédito? Ou com maior precisão, quem é o consumidor que contrai dívida? Quem é enfim o consumidor superendividado?

É possível observar nas definições do instituto do superendividamento, que serão tratadas no item 4.3, menção recorrente ao consumidor pessoa física, leigo, não profissional.

Segundo Geraldo Martins da Costa,

[...] não obstante entendimento adotado pela Corte de Cassação da França em alguns julgados, há posição firme na doutrina daquele país no sentido de que o sujeito que age com um fim profissional, mesmo atuando fora de sua competência técnica, não pode se beneficiar das regras do Direito do Consumo. (2002, p. 42).

Na esteira do pensamento de Jean Calais-Auloy, Costa aduz que a concepção mais larga de consumidor é por demais fluida e torna imprecisa a delimitação da relação de consumo, o que é fundamental para que os contratantes saibam já com antecedência a qual regime jurídico se submeterá a sua relação, evitando-se dessa forma a insegurança jurídica (2002, p. 42).

Em se tratando de um conceito relacional, para que se conheça o alcance da definição do consumidor de crédito, faz-se imprescindível precisar se o contratante credor é um fornecedor de produtos ou serviços. O Código de Consumo francês, referência para diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, define o credor como aquele que concede empréstimos, contratos ou créditos diversos, ampliando seu conceito para o vendedor ou prestador de serviços que concede crédito, não atingindo apenas os bancos e estabelecimentos financeiros (artigos L311-1, 1º e L311-2). No dizer de Geraldo Martins Costa, o legislador francês “[...] quis englobar todos os profissionais que concedem crédito ao consumidor de maneira habitual, excluídas as pessoas jurídicas de direito público e o crédito destinado ao financiamento de atividades profissionais” (2002, p. 41).

O crédito imobiliário, apesar de ser regulamentado em capítulo distinto do crédito ao consumo pelo Código francês, tem boa parte de suas disposições construídas com base no crédito para financiamento de produtos e serviços. Em verdade, a lei francesa, mais do que a natureza ou espécie do contrato, leva em consideração a sua função econômica ao motivar a instauração da proteção. Nela são abrangidos os contratos de venda a crédito, prestação de serviços a crédito, empréstimos acessórios, cartão de crédito, além dos empréstimos pessoais não vinculados à compra de um determinado bem (COSTA, 2002, p. 43).

No Brasil, embora o Código de Defesa do Consumidor não disponha de ampla regulamentação com relação ao crédito ao consumidor, mencionando-o de maneira explícita somente em seu artigo 52, a redação do § 2º do artigo 3º, o qual foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2591-1, não distingue o crédito imobiliário e tem como suporte fático todo e qualquer fornecimento de produto ou serviço bancário de uma maneira geral.

Apesar da clareza do conceito de fornecedor trazido à luz pelo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.078/90, convém salientar, apenas como reforço argumentativo, que a atividade bancária, ou mais precisamente aquela exercida pelas instituições financeiras, sempre foi considerada atividade comercial e como tal está expressamente prevista no rol das atividades constantes no *caput* do aludido artigo 3º. De fato, o revogado Código Comercial brasileiro (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850) considerava comerciante o banqueiro que tinha por profissão habitual de seu ofício “as operações chamadas de Banco”. O conhecido Regulamento 737, em verdade o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, também classificou como mercancia as operações de câmbio, banco e corretagem (art. 19, § 2º). E devendo as instituições financeiras serem instituídas na forma de sociedade anônima (Lei 4.595/1964, art. 25, *caput*), forçoso é reconhecer que sobre as mesmas incidem as normas constantes da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a qual dispendo sobre as sociedades por ações estabelece no § 1º de seu artigo 2º que a companhia – a sociedade anônima – independentemente de seu objeto social, é regida pelas leis e usos do comércio.

Aliás, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos sempre foi aceita de forma segura pela maior parte da doutrina, assim como pela jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, corte uniformizadora da interpretação da legislação infraconstitucional, que já em maio de 2004 consolidou seu entendimento através do Enunciado nº 297, no sentido de que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. E embora prescindisse de maiores debates, já que explicitada de maneira inequívoca no referido § 2º do artigo 3º do CDC e sedimentada na doutrina e na jurisprudência, foi a aplicação do mencionado dispositivo questionada pelas instituições financeiras que através da Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, como já assinalado no Capítulo III, ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade acima aludida, visando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” constante do mencionado § 2º do artigo 3º do CDC, que define o conceito de serviço.

Os argumentos que fundaram o pedido da CONSIF consistiram, em resumo, na violação ao artigo 192 da Constituição, dado que somente lei complementar pode versar sobre a regulação do sistema financeiro nacional; na distinção implícita na Constituição entre consumidor e cliente de instituição financeira; na violação ao inciso LIV do artigo 5º da Constituição, visto que o tratamento da atividade bancária, financeira, de crédito e securitária não podem ter o mesmo tratamento das demais atividades econômicas, o que vai de encontro

ao devido processo legal substantivo sob o aspecto da proporcionalidade; e na inadequação das disposições do CDC em face das atividades econômicas desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro nacional, em especial as que se referem à defesa dos direitos dos usuários, uma vez que já existem resoluções do Conselho Monetário Nacional que promovem dita defesa. A ação foi julgada improcedente pela maioria do pleno do Supremo Tribunal Federal, sendo nove votos pela improcedência e dois pela procedência parcial, neste caso para excluir a regulação dos juros da incidência do CDC. Decidiu o STF que o CDC não regula o sistema financeiro nacional mas trata da relação entre esse sistema e os consumidores; não limita os juros mas o seu abuso. E dúvida alguma subsiste quanto a adequação do CDC como diploma protetivo de índole constitucional apto a promover a defesa do consumidor.

Cláudia Lima Marques, com base em estudos de Leonardo Roscoe Bessa, aponta o que chama de *tendências jurisprudenciais de extensão do conceito de fornecedor*, apresentando a figura do *fornecedor equiparado* (2011, p. 436). Destaca que a jurisprudência vem ampliando o conceito de fornecedor para considerar como tal o terceiro que intervém na relação de consumo como intermediário ou ajudante da relação jurídica principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores, como se fornecedor fosse, exemplificando com o caso do empregador que organiza seguro de vida em grupo como estipulante. Neste caso, a relação entre estipulante e grupo de segurados, que é acessória da relação principal travada entre o empregador e a fornecedora de serviços, e poderia ter natureza de direito civil (mandato), do trabalho ou previdenciária, é contaminada pela relação de consumo (2011, p. 446). O *leading case* indicado pela autora para a compreensão do conceito de fornecedor equiparado foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 63.981/SP) em ação na qual consumidor domiciliado no Brasil, tendo comprado nos Estados Unidos aparelho eletrônico fabricado (produção e montagem) na Ásia, onde a empresa detentora da marca é estabelecida, obteve provimento jurisdicional no sentido de ver responsabilizada por vício no produto a filial brasileira da multinacional, com fundamento nos artigos 18 e 30 do Código de Defesa do Consumidor, por se beneficiar a fábrica brasileira da marca consolidada, que por si só cria no consumidor a expectativa de segurança e garantia, e pela publicidade internacional realizada pelo fornecedor. No julgamento, por maioria, o STJ firmou posição em incluir no conceito de fornecedor todo o grupo de fornecedores da mesma marca, inclusive a filial brasileira, que dela se beneficia.

O consumidor de crédito em sentido estrito, por sua vez, é aquele definido no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: a pessoa física ou jurídica que

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Para que a relação jurídica seja regida pelo CDC, faz-se necessária a utilização do crédito para fins pessoais ou familiares, havendo presunção *juris tantum* de utilização do crédito para fim não profissional se o consumidor for pessoa física. A presunção será em sentido contrário em se tratando de utente pessoa jurídica. Porém somente a pessoa física pode caracterizar o consumidor superendividado e nessa qualidade obter a proteção da lei. E isto se dá pelo fato de que ao endividamento da pessoa jurídica, o ordenamento jurídico há muito oferece solução.

A definição de Cláudia Lima Marques considera o consumidor agente econômico ativo no mercado e na sociedade de consumo de crédito e endividamento, e o revela como sendo:

O não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada 'sociedade de consumo' ou de massa (2011, p. 302).

Verifica-se que é a vulnerabilidade do consumidor, já aprofundada no Capítulo I, que chancelada por uma presunção absoluta, o posiciona como parte “estruturalmente” mais fraca da relação.

O conceito legal de consumidor referido anteriormente (art. 2º, *caput*, CDC), estabelece a condição de destinatário final do produto ou serviço como o traço delimitador da identificação desse sujeito da relação jurídica de consumo. Apesar de não deixar dúvida quanto a caracterização de destinatário final como aquele que retira do mercado o produto ou serviço, a expressão carece de precisão quando o intérprete se depara com a situação em que o bem é retirado da cadeia mercadológica para uso profissional. Coube à doutrina e à jurisprudência a busca por uma interpretação que justifique a tutela concedida ao contratante vulnerável que figura em um dos polos da relação jurídica de consumo.

Como observado no item 1.3, duas correntes doutrinárias procuraram cumprir o papel de definir qual o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Uma capitaneada pelos primeiros pesquisadores em direito do consumidor e precursores do consumerismo, os quais exerceram influência direta na redação do CDC, denominada de teoria finalista, e outra conhecida como teoria maximalista, em que os seus criadores defendem o CDC como um novo regulamento do mercado e não como um diploma legislativo

criado com vistas a proteger exclusivamente o consumidor não profissional (MARQUES, 2011, p. 304).

A teoria finalista ou subjetiva percebe o consumidor não somente como o destinatário final fático – aquele que retira o produto ou serviço do mercado – mas também como destinatário final econômico que, interrompendo a cadeia produtiva, evita que o bem retorne novamente à condição de instrumento de produção. Defendem seus adeptos que só devem merecer a tutela especial do CDC aqueles consumidores que adquirem produtos ou utilizam serviços para uso próprio e de sua família, nunca para fins profissionais e que quanto maior for a restrição, mais protegido estará o consumidor que o Código quer de fato tutelar por sua manifesta vulnerabilidade (MARQUES, 2011, p. 305).

A teoria maximalista ou objetiva, por sua vez, concebe o CDC como uma lei geral sobre o consumo, “um Código para a sociedade de consumo”, a estabelecer regras e princípios para todos os agentes que atuam no mercado. A interpretação do artigo 2º do CDC, para os maximalistas, deve ser a mais larga possível, a definir o consumidor como aquele que retira o produto ou serviço do mercado, consumindo-os independentemente de sua destinação econômica (MARQUES, 2011, p. 306).

Numa exemplificação simples, para melhor compreensão, imagina-se a situação em que o profissional liberal adquire computadores para seu escritório e para sua residência. Sob a ótica da teoria finalista, somente a aquisição dos aparelhos eletrônicos para uso pessoal em sua residência caracterizaria uma relação de consumo e só dessa maneira as normas do CDC incidiriam sobre tal suporte fático.

O Supremo Tribunal Federal firmou posição pela teoria finalista no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 5847-1. Embora se tratando de um pedido de homologação de sentença arbitral, a aplicação do CDC à relação jurídica travada entre uma indústria de tecelagem do Estado de Santa Catarina e uma indústria fornecedora de algodão do Reino Unido foi suscitada, alegando a empresa brasileira que o contrato celebrado se consubstanciava em um contrato de adesão e, por tal motivo, a cláusula compromissória devia estar grafada em negrito, nos termos do § 2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, sob pena de nulidade da avença. Alegou ainda a tecelagem catarinense que laudo emitido por uma entidade britânica a posicionava sob a legislação consumerista. O Relator Ministro Maurício Correia, ainda que considerando ser a matéria alheia à natureza do procedimento

homologatório, assentou entendimento no sentido de que a empresa (tecelagem) importadora de produto (algodão) destinado a consumidor final não se enquadra no conceito do *caput* artigo 2º, vez não deter ela própria a condição de destinatária final. Julgamento proferido em 2012 em sede de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 818305-SP consolida o posicionamento do STF quanto a sua adesão à teoria finalista.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando entendimento pelo que Cláudia Lima Marques chama de “finalismo aprofundado” – uma espécie de abrandamento da teoria finalista – fazendo uso de uma interpretação que exige da pessoa jurídica prova *in concreto* de sua vulnerabilidade:

De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto, de outro os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo, permitindo o tratamento de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos não diretos para a sua produção, isto é, não em sua área de expertise, ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente (2011, P. 351).

Para o estudo que ora é apresentado, consumidor é a pessoa física que contrata com o fornecedor de crédito, em geral uma instituição financeira. É o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço fornecidos pelos estabelecimentos bancários, sociedades de crédito, financiamento e investimento, administradoras de cartão de crédito e qualquer outra entidade de direito público ou privado que opere com a concessão de crédito ao consumidor, nos termos da Lei nº 4.595/1964 e dos atos normativos emanados do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional.

No caso específico da situação de superendividamento, o conceito de consumidor é ainda mais estreito, aproximando-se da teoria finalista dado o subjetivismo necessário para sua identificação: “O superendividado é sempre um consumidor, adotando-se para este fim um conceito ainda mais restrito do que o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que não se concede a tutela à pessoa jurídica.” (CARPENA, 2006, p. 329).

Serão também consumidores de crédito aquelas pessoas que o CDC classificou como consumidores por equiparação e figuram no parágrafo único do artigo 2º e nos artigos 17 e 29 do Código. Embora a adoção do conceito de consumidor por equiparação ao consumidor de crédito e, por consequência, ao consumidor superendividado, afaste da definição o elemento condicional de destinatário final, de suma importância para sua

caracterização, não há como se deixar de utilizá-lo, ainda que com a devida cautela, dada a necessidade de tutelar as pessoas que, não estando tipificadas no conceito de consumidor *stricto sensu* ou *standard* do *caput* do artigo 2º do CDC, tenham de alguma forma intervindo na relação de consumo (parágrafo único do artigo 2º), venham a ser vítimas de fatos danosos (art. 17) ou estejam expostas às práticas comerciais e sujeitas à proteção contratual (art. 29). Os consumidores equiparados pelo parágrafo único do artigo 2º e pelo artigo 29 se aproximam e se complementam. No entender de Cláudia Lima Marques, são esses os que estão incluídos na relação de consumo por vontade sua ou do contratante principal e que a referida jurista chama de “terceiros-beneficiários intencionais” (2011, p. 393). Um exemplo seria o dos usuários de cartão de crédito como “dependentes”, por outorga de seu titular. Os equiparados pelo artigo 17 do CDC são por exemplo aqueles consumidores que, não tendo contraído o crédito, sofrem as consequências danosas pela negativação equivocada de seus nomes nos cadastros dos sistemas de proteção do crédito:

Pode-se concluir que as normas do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se a todas as situações nas quais um crédito é acordado por um fornecedor a um consumidor (*stricto sensu* ou equiparado), como nos casos de empréstimos simples ou vinculados à aquisição de determinado produto ou serviço, dos chamados ‘cheques especiais’, de vendas a prazo com reserva de domínio, dos cartões de crédito, do crédito imobiliário (COSTA, 2002, p. 52).

Não se pode olvidar das pessoas expostas à publicidade de crédito. Há uma massa de cidadãos que se veem atraídos pela facilidade com que os empréstimos e financiamentos são veiculados na mídia, principalmente a televisiva, que invade suas salas, principalmente nas tardes dominicais, oferecendo o acesso a bens e serviços. Quem está exposto está vulnerável, característica ontológica do sujeito consumidor, razão de ser do sistema protetivo do CDC, que não é demais reforçar, tem natureza constitucional.

#### 4.3 NOÇÃO GERAL DE SUPERENDIVIDAMENTO

Para definir o instituto que é o objeto da presente pesquisa, a doutrina brasileira adotou a expressão superendividamento, fazendo uso de vocábulo diferente do que é utilizado em Portugal “sobreendividamento”, que parece traduzir com maior precisão o termo empregado nas línguas inglesa (*overindebtedness*), italiana (*sovraindebitamento*), espanhola (*sobreendeudamiento*) e francesa (*surendettement*). Na Alemanha a palavra usada é *Überschuldung*, que empresta o mesmo sentido do termo utilizado no Brasil, a significar um

“[...] endividamento super[ior] ao normal e às possibilidades do orçamento mensal dos consumidores”, nas palavras de Cláudia Lima Marques (2006, p. 14).

O superendividamento vem sendo introduzido no ordenamento jurídico dos mais diversos países em virtude de lacuna legislativa ou inadequação daquela existente no que concerne ao seu tratamento. Na França, o crédito ao consumidor já era regulamentado desde a década de 70 do século XX: leis de 1978 e 1979, que ficaram conhecidas como Leis *Scriviner* em virtude do nome do Ministro do Consumo à época (PAISANT, 2013, p. 14) tratavam respectivamente do crédito mobiliário e do imobiliário. Em 1989, quando se falava em duzentas mil famílias francesas superendividadas, foi editada lei específica para tratar da matéria, a Lei nº 89-1010, de 31.12.1989, apelidada de Lei *Neiertz* em função do nome da então Secretária de Estado do Consumo (SCHIMIDT NETO, 2009, p. 11), cujas disposições foram integradas ao Código de Consumo francês (Code de la Consommation, de 26 de julho de 1993 – Lei nº 93-949), o qual por sua vez sofreu importantes revisões em 1995, 1998, 2003 e mais recentemente em 2010. A última alteração substancial data de 17 de março de 2014, quando foi promulgada a Lei 2014-344, que versa sobre ações judiciais coletivas.

O próprio Código francês, cuja origem é influenciada sobremaneira pelos estudos do jurista Jean Calais-Auloy, conceitua o superendividamento (*surendettement*) em seu artigo L330-1 como a situação caracterizada pela manifesta impossibilidade do devedor pessoa física de boa-fé de atender ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas. Pressupõe dita legislação que a dívida não seja oriunda de atividade profissional e que o consumidor-devedor esteja imbuído de boa-fé.

Em Portugal, o superendividamento (sobreendividamento) é concebido como a insolvência ou falência do consumidor e diz respeito às situações em que o devedor se vê impossibilitado de pagar o conjunto de suas dívidas ou quando exista a probabilidade concreta de não poder fazê-lo quando elas se tornem exigíveis (COSTA, 2002, p. 11).

Na Itália, lei de 2012 (*Legge 27 Gennaio 2012, N.3*) regulamenta procedimentos com semelhanças ao instituto da insolvência civil. Porém, diferentemente do direito brasileiro, tanto o devedor civil como o consumidor podem dela fazer uso. Como acontece em outros países, o superendividamento é considerado um fenômeno social na Itália. Em alguns casos fala-se em “condição patológica” (*condizione patologica*) (PARENTE, 2013).

Ricardo Luis Lorenzetti, em voto proferido no julgamento do caso “Rinaldi, Francisco Augusto y otro contra Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra” em março de 2007 (execução hipotecária), na Corte Suprema de Justiça da Nação argentina, definiu o superendividamento como “[...] a manifesta impossibilidade para o consumidor de boa-fé de fazer frente ao conjunto das suas dívidas exigíveis” (2009, p. 76).

Na doutrina brasileira, Cláudia Lima Marques concebe o superendividamento como “[...] a impossibilidade global 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, oriunda de delitos e de alimentos)” (2006, p. 256).

Observa-se nos conceitos apresentados que a boa-fé é uma constante, o que tem enorme importância não somente pela necessidade de observância da norma de conduta de uma maneira geral, mas sobretudo no seu cumprimento tanto no momento do consumidor contrair a dívida como no de solucionar seu estado de ruína financeira.

Algumas questões sobre o surgimento do superendividamento no Brasil precisam ser melhor esclarecidas sob a perspectiva do direito. Apesar de considerado um fenômeno recente, o superendividamento decorre, em última análise, do tratamento dado, não só à ordem econômica como um todo, mas também à oferta de crédito ao consumidor.

Necessário observar que os dois setores da economia de maior envolvimento com a questão vêm passando, em muitas situações, ao largo do regime jurídico estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. São eles a atividade publicitária e o setor bancário. A primeira por insistir em uma auto-regulamentação anacrônica que, embora tenha cumprido importante missão em dado momento histórico, hoje ajuda somente a afastar a publicidade das regras de direito do consumidor; a atividade bancária por não desistir, dado o poder que representa, de tentar repelir a aplicabilidade do CDC às relações jurídicas travadas entre o consumidor e os bancos, mesmo após o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 2591-1, quando o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento pela constitucionalidade do § 2º do artigo 3º do CDC, o qual dispõe sobre o conceito de serviço para os fins estipulados no *caput*, caracterizando como tal a atividade bancária.

E é justamente a conjunção e o influxo dessas duas atividades no mercado consumidor que contribui para o nível de endividamento alcançado pela população brasileira.

Não obstante ser um problema de ordem individual, o superendividamento vem refletindo de tal maneira na sociedade que se transforma em uma questão de ordem social, a ser tratada – prevenção e tratamento propriamente dito – sob ótica coletiva, inclusive com o implemento de políticas públicas para solucioná-la.

Ao se destacar do direito civil, não foi difícil ao direito do consumidor estabelecer a necessidade de prevenção e tratamento do superendividamento. Sim porque a sociedade dita pós-moderna, da hipercomplexidade, do crédito e do consumo exacerbado criou ambiente propício ao consumismo e ao endividamento, o que vem sendo potencializado pelos apelos publicitários e pela inexistência de uma educação para o consumo no decorrer das últimas décadas, para atingir índices alarmantes e justificar o superlativo.

O peso determinante para o aumento e descontrole das dívidas é o financiamento ou empréstimo concedido ao sujeito que já se encontra endividado. O crédito em si, como já afirmado, não é um problema. É necessário entretanto que se inicie uma reflexão sobre o ‘crédito cativo’, aquele oriundo de contrato de longa duração, sob a perspectiva do crédito responsável.

#### 4.4 SUPERENDIVIDAMENTO ATIVO E PASSIVO

Como já pontuado, há nas definições do instituto do superendividamento, um elemento constante que assume importância fundamental tanto na contratação do crédito quanto na tutela ao superendividado: a boa-fé do consumidor.

Consumidor superendividado então é a pessoa física que, atuando de boa-fé, se encontra em situação de impossibilidade global de honrar suas dívidas atuais e futuras de consumo (MARQUES, 2006, p. 256).

Referindo-se à doutrina europeia, em especial Portugal e França, Cláudia Lima Marques faz alusão à distinção ali existente entre superendividamento ativo e superendividamento passivo. Neste último caso, o excessivo endividamento do consumidor dá-se em virtude da ocorrência de fatos inesperados que venham a desequilibrar o orçamento familiar, como o divórcio, doença e morte na família, nascimento de filho, desemprego, entre outros, que constituem o que a autora considera um “acidente da vida”. Já o superendividamento ativo ocorre quando o consumidor contribui para o surgimento da crise financeira, abusando do crédito, consumindo em demasia ou promovendo uma má

administração do orçamento familiar (2006, p. 258). A autora defende tal distinção por nela enxergar a valorização da objetividade na análise da conduta do devedor:

Esta doutrina européia é importante, uma vez que, acompanhando a objetivação das condutas, tenta fugir da idéia de culpa subjetiva contratual do consumidor endividado, e tende a superar a diferença entre fatos subjetivos e objetivos supervenientes, preferindo analisar o inadimplemento global do consumidor de boa-fé ou o superendividamento como sendo ‘ativo’ ou ‘passivo’ (2006, p. 258).

Verifica-se no entanto que a distinção entre superendividamento ativo e passivo não apresenta função prestante capaz de justificar a sua existência ou a importância que a ela se quer imprimir. Sim porque se tanto os “acidentes da vida” quanto o abuso de crédito ou o consumo além das possibilidades, ou mesmo a má-administração do orçamento familiar, podem levar o consumidor a uma crise de solvabilidade ou liquidez, impossibilitando-o de pagar o conjunto de seus débitos atuais e futuros, é a boa-fé na conduta do devedor que irá caracterizar o superendividamento do consumidor que deve receber a tutela do Estado. Muito mais quando o abuso de crédito e o consumo em excesso são estimulados e facilitados pelos fornecedores de uma maneira geral, através não só da publicidade mas da própria cultura de consumismo adotada pela sociedade contemporânea:

O consumismo gerado pelo mercado através da mídia gera a ideia da necessidade por consumir para atingir a felicidade e o *status*: automóveis cujas marcas são vendidas como o símbolo do sucesso, marcas de bebidas alcoólicas que se associam à juventude e à potência sexual, vestuário associado à sensualidade e ao estilo de vida, entre outros inúmeros exemplos. É preciso consumir, pelo menos, para se sentir incluído, identificado. Crescentemente se causa confusão entre necessidade e desejo, de forma que, se não satisfeito tal desejo, o indivíduo é capaz de ter um sentimento similar a uma insuportável insatisfação. Esta angústia resulta na violência (crimes para a aquisição dos meios de satisfação dos desejos) ou no superendividamento (FORNASIER, 2013, p. 270).

Certo é que ao consumidor de qualquer classe social e nível de escolaridade é dado contrair empréstimo em um simples apertar de tecla nos terminais bancários de caixas eletrônicos ou em um clique na tela do computador, forma também adotada para as compras *on line* no chamado comércio eletrônico. A assimetria ou mesmo ausência das necessárias informações na contratação do crédito contribui enormemente para a situação de superendividamento. No que concerne à má administração do orçamento familiar, existe forte componente sócio-educativo e de cunho também informacional, uma vez que a grande maioria dos consumidores não tem acesso a uma educação inclusiva e capaz de conscientizá-los quanto aos seus direitos e deveres, na forma do que dispõe o inciso IV do artigo 4º do CDC, que estabelece como princípio das relações de consumo a “educação e informação de

fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”:

Ressalte-se que o cenário brasileiro tem como protagonistas indivíduos que vivem abaixo da linha de pobreza, sendo muitos os analfabetos (mesmo que funcionais), país onde impera uma educação pública desmoralizada. E é justamente nessa massa que é despejada, todos os dias, a ilusão da ascensão através do consumo do supérfluo, e não pelo agir virtuoso (FORNASIER, 2013, p. 273).

Há igualmente situações de abuso de crédito e consumo exagerado que são causadas por compulsão, quer como sintoma psicológico, quer como manifestação psiquiátrica, como será tratado adiante.

Um questionamento emerge forçosamente da distinção: caracterizada a boa-fé do consumidor, estaria o superendividado ativo excluído da tutela do Estado no tratamento de sua situação de falência?

Adotando a distinção proposta pela doutrina europeia, Clarissa Costa de Lima divide a categoria dos superendividados ativos em conscientes e inconscientes. Estes são os que estão referidos no parágrafo anterior: aqueles consumidores que, atuando de boa-fé, contribuíram diretamente para a situação de superendividamento, mas o fizeram por não saber calcular o impacto da dívida no seu orçamento, por não haver sido informados dos encargos da contratação ou porque tiveram acesso ao crédito concedido de maneira irresponsável pelo fornecedor. Os superendividados ativos conscientes são aqueles consumidores que contrataram de má-fé com o propósito de não reembolsar a dívida no momento de seu vencimento (2014, p. 35).

Embora não seja a regra, casos há em que o consumidor adquire produto em valor bem acima de suas possibilidades financeiras, a exemplo de um automóvel, contraindo dívida que sabe não poder honrar, mas o faz no intuito de obter judicialmente benefícios que possam diminuir o montante do débito ou obstaculizar a recuperação do bem pelo credor.

A doutrina italiana acrescenta mais uma espécie de superendividamento ao ativo (*attivo*) e passivo (*passivo*). É o superendividamento diferido (*differito*). Este se diferencia dos outros dois por se manifestar durante certo período da vida do núcleo familiar. Se dá em duas situações familiares: aquela em que ocorre a permanência – pela dificuldade de inserção no mercado de trabalho – ou o retorno – pelo divórcio por exemplo – de filhos com mais de trinta

anos, ou quando se deixa de contar com a ajuda financeira de uma pessoa da família, em geral um idoso, que proporciona um bom padrão de vida (PELECCHIA, 2012, p. 16). Essa é uma importante questão de cunho social com forte impacto nas famílias também no Brasil mas não justifica a classificação em mais uma categoria.

É possível depreender dos conceitos e categorias apresentados que há dois tipos de consumidores superendividados: os que contratam imbuídos de boa-fé e os que pactuam de má-fé. É a boa-fé o divisor de águas, o elemento que define o tratamento a ser dado ao consumidor em situação de superendividamento. O devedor superendividado que contratou atuando de má-fé está, por óbvio, excluído da tutela do tratamento a ser dado ao consumidor que contraiu dívida atuando de boa-fé.

#### 4.5 SUPERENDIVIDAMENTO E PRODIGALIDADE

Questão relevante e que não pode deixar de ser abordada em uma pesquisa sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento é a que diz respeito ao consumidor compulsivo, aquele que compra para satisfazer a necessidade de consumir não o que efetivamente necessita mas tudo que o seu desejo consciente ou inconsciente determina. Muitos podem ser os vazios que o consumidor precisa preencher, as ausências que necessita suprir do ponto de vista psicológico, o que pode ser satisfeito – e geralmente o é – através de bens materiais, com a aquisição de produtos e a utilização de serviços. E isto se dá porque o consumo é uma satisfação imediata que não alivia a causa mas somente os sintomas. Acontece que muitas vezes o consumidor não tem condições de controlar seu impulso, que é demasiadamente estimulado pela indústria publicitária. A compulsão pode ser um distúrbio de ordem apenas psicológica mas também uma doença psiquiátrica, e de uma maneira ou de outra deve ser tratada.

No campo da psiquiatria, a enfermidade antes conhecida como Psicose Maníaco Depressiva (PMD) se desenvolveu de modo a atingir número não desprezível de pessoas neste início do século XXI. A doença é hoje identificada como transtorno bipolar. Nela o paciente alterna momentos de depressão com outros de grande euforia. Nestes últimos, essas pessoas são tomadas por uma sensação de empoderamento que, entre outros comportamentos, é capaz de fazê-las acreditar que podem adquirir o que desejarem, sem qualquer preocupação com as consequências de seus atos, que os podem levar à ruína financeira.

Uma linha tênue separa os portadores do transtorno bipolar do pródigo, que tem sua capacidade reduzida à prática de atos de natureza patrimonial (art. 1782, CC). O diagnóstico é dificultado porque nem sempre a família ou terceiros podem identifica-los.

Por outro lado, a concepção jurídica de prodigalidade não se renovou e não absorveu os valores do tempo presente. A realidade atual nos apresenta essa massa de cidadãos com um acúmulo insuportável de dívidas, os superendividados, que podem ser privados de seu patrimônio. E se a proteção jurídica dessas pessoas tivesse que se dar pela interdição, como acontece com o pródigo, o tráfico jurídico restaria interrompido.

De uma maneira geral, o pródigo é aquele que se desfaz de seu patrimônio pessoal ou o compromete de forma descontrolada, sem critério. Alguns autores defendem que a prodigalidade não deveria estar incluída entre os tipos de incapacidade relativa, por prestigiar o patrimônio em detrimento da autonomia, e até mesmo da dignidade da pessoa. Paulo Lôbo lembra o caso emblemático de São Francisco de Assis, que se desfez de seu patrimônio em benefício dos pobres, como manifestação de sua autonomia e opção de vida (2009a, p. 122). A interdição por prodigalidade está ligada a um período da história em que o direito civil era impregnado pela concepção burguesa de vida, em que se privilegiava o patrimônio. É em verdade um recurso que somente deve ser utilizado em caso de ausência permanente de discernimento, considerando que a interdição do pródigo está a proteger o seu patrimônio e não necessariamente a sua pessoa.

A prodigalidade chega ao Brasil através das Ordenações Filipinas, que no Livro IV, Título 103, § 6º, trata da pessoa que desordenadamente gasta e destrói sua fazenda. O Esboço de Teixeira de Freitas não trata da prodigalidade no rol das incapacidades (arts. 41 e 42). Nem o faz o Código Civil argentino que, como é consabido, foi inspirado em sua obra.

Já durante a elaboração do Código de 1916, ocorreram grandes discussões sobre a permanência da interdição nos casos de prodigalidade. O próprio Clóvis Beviláqua defendeu a supressão do instituto afirmando que “[...] ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não há necessidade de destacá-la para constituir uma classe distinta de incapacidade, pois entra na regra comum; ou tal não é positivamente, e não há justo motivo para feri-la com a interdição” (1949, p. 202). O Código de 2002 manteve a interdição do pródigo.

Não é possível descurar dos casos em que o indivíduo acometido de algum tipo de alienação, como o portador do transtorno bipolar, dissipa seus bens de modo totalmente descontrolado. Mas esses casos somente ratificam o que Beviláqua afirmava no início do século passado, quando defendia a supressão do instituto do Código Civil.

A prodigalidade não constitui necessariamente causa incapacitante. Não há sentido na privação da capacidade jurídica de uma pessoa que se desfaz de seu patrimônio. Está na seara da autonomia do sujeito de direito a manutenção de seu patrimônio ou o seu desfazimento. O que se amealhou durante uma vida pode ser utilizado da maneira que aprouver a seu titular, que pode mantê-lo intacto ou gastar por exemplo com o intuito de bem viver a última fase de sua existência. O instituto da prodigalidade não pode ser utilizado como instrumento de garantia da herança.

E não se deve olvidar que parcela ínfima da população brasileira tem possibilidade de se comportar com prodigalidade.

Se o reconhecimento da prodigalidade dependerá de sentença proferida em ação de interdição, deverá o intérprete vê-la como uma excepcionalidade, observando sempre que a prodigalidade não diz respeito ao interesse do núcleo familiar mas sim da dignidade do próprio titular.

É necessário muito cuidado por parte do julgador no reconhecimento da causa geradora dessa incapacidade. É imperioso atentar-se para o fato de que a decisão judicial de interdição atinge direitos e garantias fundamentais do cidadão e há de estar fundada na proteção da dignidade da pessoa do interditando, não de terceiros, quer sejam parentes ou não.

## 4.6 O SUPERENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS FRENTE ÀS ESCOLHAS DE CONSUMO

### 4.6.1 A família como entidade consumidora

A família na contemporaneidade é o lugar das realizações pessoais de cada um de seus membros. Esta concepção tem base no que se conhecia na Grécia antiga por eudemonismo ou eudemonia (do grego *eudaimonia*). O vocábulo, para Hannah Arendt, é intraduzível e talvez até inexplicável, significando algo como o bem-estar que segue o homem

durante a sua vida em condição duradoura, e que se distingue da felicidade, por ser esta um passageiro estado de ânimo (2005, p. 205).

Em texto que alude às transformações ocorridas na família no século passado, Luiz Edson Fachin as apresenta através de descrições fotográficas de três gerações, tempo suficiente para a transição entre o modelo de unidade produtiva com função nitidamente procracional e caráter exclusivamente patriarcal para lugar de realização da afetividade (1999, p. 24-39).

No entanto, inobstante a mudança, a família permanece apresentando sua característica de unidade econômica. Neste aspecto, a transformação ocorreu porque essa unidade econômica passou a ser composta pela renda de cada um de seus membros em conjunto, não sendo mais representada exclusivamente pelos rendimentos do patriarca.

De fato, a família sofreu vertiginosas transformações, não sendo despiciendo apontar como marcos legislativos, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº4.121/64), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e, acima de todos, a Constituição da República, em especial o artigo 226 e seus parágrafos, os quais consolidaram o fim da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada, dando ensejo a novas e inúmeras formas de união familiar, que, como já se interpretou, não encerram *numerus clausus* (LÔBO, 2002, p. 55).

E o surgimento de novos e múltiplos arranjos familiares fez com que a figura do provedor não mais se identificasse necessariamente com o chamado “pai de família”. Mudaram as famílias e mudou também a sua situação econômica.

Da mesma forma, dada a igualdade entre os cônjuges ou companheiros, traduzida no enunciado do § 5º do mencionado artigo 226, consectário da igualdade de gêneros, este um princípio constitucional insculpido no inciso I do artigo 5º, além da previsão constante do § 6º do artigo 227, que introduziu a máxima igualdade entre os filhos, todos dispositivos da Constituição da República e que puseram fim a discriminações e desigualdade de direitos muito comuns no caminhar do direito de família brasileiro, o projeto familiar de moradia, educação, qualificação profissional e até lazer, passou a contar com o somatório dos rendimentos daqueles que dividem suas vidas em uma entidade familiar.

Exemplo cotidiano é o somatório da renda familiar para obtenção de financiamento imobiliário ou para financiamento educacional, neste caso com a comprovação

de que a referida renda não é suficiente para que a família arque com os custos da educação de nível superior de um de seus componentes.

Importante complementar esses dados da realidade fática com a tendência apontada pela doutrina do desligamento da noção de sujeito de direito da noção de pessoa. Paulo Lôbo destaca mudança paradigmática que evidencia o desligamento dos conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo, de sua concepção tradicional:

A concepção moderna da personalidade jurídica, como qualidade atribuída a certas entidades mediante a qual são capazes de assumir a titularidade de direitos e deveres, revela-se como consequência necessária de um preconceito de amplo caráter: o respeito ao conceito clássico de direito subjetivo, como âmbito do domínio da vontade exclusiva do indivíduo. O que se percebe, no entanto, é uma evolução diferenciada de ambos os conceitos. Na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, emprega-se com amplitude o direito subjetivo público nas hipóteses de direitos coletivos e difusos, cujo titular não é uma pessoa física ou jurídica determinadas. Neste caso, sujeito de direito é toda comunidade interessada, desprovida de personalidade, atribuindo-se a entidades ou órgãos públicos legitimação para agir em Juízo (2009a, p. 185).

No entender do citado autor, vista como uma unidade geradora de direitos e deveres, a família se converteu em sujeito de direito não personalizado, que pode inclusive ser representado em juízo, nos termos do artigo 12 do Código de Processo Civil (2009a, p. 185). De fato, há muito a Justiça do Trabalho vem aceitando a representação da família por qualquer um de seus membros em ações de sua competência, independentemente de quem haja celebrado o contrato de trabalho:

REVELIA. REPRESENTAÇÃO DO EMPREGADOR DOMÉSTICO EM AUDIÊNCIA. Preposto não pode ser qualquer pessoa credenciada para representar o empregador, doméstico ou não. A preposição supõe um vínculo jurídico, que a antecede, posto que a lei admite que o empregador se faça representar em audiência por preposto seu, e não o autoriza a fazer o preposto. Em se tratando de empregador doméstico, face os interesses comuns aos membros da família, e enquanto esta comunhão de interesses ainda existir, admite-se a sua representação por integrante do ambiente familiar, mas não a indicação como preposto de pessoa estranha à família. Penas de revelia e confissão ficta que se mantêm (...). PARCELAS RESCISÓRIAS Face a manutenção das penalidades de revelia e confissão ficta, as parcelas rescisórias são devidas. VISTOS e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, interposto de decisão da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre, sendo recorrente (...) (TRT-4 - RO: 263000419935040003 RS 0026300-04.1993.5.04.0003, Data de Julgamento: 19/10/1994)

A concepção da entidade familiar como unidade econômica e geradora de direitos e deveres assume relevante importância na sociedade de consumo de um modo geral e nas situações de superendividamento de uma maneira especial, tanto no ato de consumir e no momento de contrair a dívida, quanto na prevenção e no tratamento do fenômeno. Dados do

Banco Central do Brasil revelam que em dezembro de 2013 o índice de endividamento das famílias chegou a 45,5%, com grande contribuição do financiamento imobiliário (BACEN, 2014, p. 24). Levantamento elaborado pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo-FECOMÉRCIO SP para avaliar o impacto da evolução das operações de crédito para pessoas físicas sobre o orçamento das famílias, demonstra a variação da taxa de endividamento das famílias nas capitais brasileiras entre 2011 e 2013. A cidade de Curitiba-PR, que teve a média de 90% em 2011 diminuída para 88% em 2012 e 87% em 2013 se apresentou como a capital com o maior número de famílias endividadas. Além de Curitiba, as cidades de Florianópolis-SC, Maceió-AL, Belém-PA e Palmas-TO, além do Distrito Federal, se apresentaram como as capitais com mais famílias endividadas. Goiânia-GO, São Paulo-SP, Belo Horizonte-MG, Porto Velho-RO, Boa Vista-RR e Rio de Janeiro-RJ eram então as cidades com menor número de famílias endividadas, porém com percentuais nada desprezíveis, contando a capital do Estado de Goiás, a menos endividada, com 46% das famílias nessa situação. Recife apresentou percentual de 76% em 2011, 67% em 2012 e 63% em 2013. O maior crescimento no número de famílias endividadas se deu em Palmas, de 61% em 2011 para 78% em 2013. Belo Horizonte foi a capital em que houve a menor diminuição de endividados, com 69% em 2011 e 53% em 2013 (FECOMÉRCIO SP, 2014).

#### 4.6.2 O consumidor infanto-juvenil e o endividamento das famílias

A participação da criança e do adolescente no mercado e na vida social é indiscutível. Com o surgimento das novas formas de família, desenha-se também um novo perfil desses jovens, que passam a exercer papel fundamental na decisão sobre o que comer, o que vestir, o que usar e até pelo que os adultos devem fazer (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 88).

As relações entre pais ou provedores com suas crianças são muitas vezes pautadas em sentimentos ambivalentes e atitudes paradoxais. O cuidado e a proteção são, no mais das vezes, escamoteados pela culpa e pela compensação das horas roubadas pelo trabalho ou pelas inúmeras atividades que a vida contemporânea “impõe”. Não é raro os pais se sentirem culpados por não poderem participar do dia-a-dia dos filhos como queriam ou acham que deveriam. E a compensação vem, quase sempre, representada por bens materiais. A criança e

o adolescente, por sua vez, podem ser tiranos e manipuladores, revertendo essa situação em seu favor, construindo um círculo vicioso de culpa e compensação:

A criança é o consumidor do futuro, tem imenso poder de decisão sobre a compra de artigos infantis e um poder extremo de influência sobre os produtos consumidos pela família em que se insere. As crianças assumem hoje um papel de ‘ditadoras’ dos padrões de consumo dentro dos seus lares e significam um mercado potencial para uma série de produtos e serviços. Daí que, seja cada vez maior a opção pela utilização da criança na publicidade, já que esta cria empatia com os destinatários da mensagem, emociona e sensibiliza os adultos e contribui para o rejuvenescimento da marca publicitada (CHAVES, 2005, p. 214).

Importante salientar que em 2010, a população brasileira na faixa etária de 0 a 19 anos, segundo o IBGE (Censo Demográfico de 2010) era de aproximadamente 63 milhões de crianças e jovens (IBGE, 2014). Em 2009, mais de um quarto (26%) da população do Brasil (191,5 milhões de habitantes) era formada por menores de 14 anos (ACNIELSEN, 2011).

Em novembro de 2011, a Viacom International Media Networks, distribuidora do Canal Nickelodeon no Brasil, divulgou pesquisa denominada “O poder da influência da criança nas decisões de compra da família”, estudo feito em onze países. Os dados referentes ao Brasil traz importantes informações, destacando-se o fato de 97% dos pais haver declarado que conversa com seus filhos antes de sair às compras, ainda que o produto não seja para uso direto ou exclusivo da criança, como é caso do automóvel, em que 60% dos filhos afirmaram ter sua opinião levada em consideração por seus pais. A pesquisa também informou que as decisões familiares de uma maneira geral são tomadas de forma colaborativa entre pais e filhos, tendo 51% declarado que tomam a decisão final mas sempre ouvindo a opinião dos filhos e 49% afirmado que decidem em conjunto (PORTAL DA PROPAGANDA, 2014).

Ao tempo em que a pesquisa reflete as já mencionadas mudanças ocorridas na família, onde as decisões deixam de ser tomadas exclusivamente pelos pais, que alegam ouvir as crianças para ensiná-los que sua opinião é importante, é possível verificar o quanto relevante é para o mercado dirigir a publicidade ao público infanto-juvenil, ainda que o produto ou serviço não seja direcionado ao consumo direto pelas crianças e adolescentes.

Outro dado extremamente significativo, igualmente divulgado pela pesquisa da Viacom, diz respeito ao nível de confiança dos filhos nos meios de comunicação para a escolha de produtos e marcas: 82% declararam ter a internet como principal fonte de pesquisa e 70% os comerciais veiculados na TV.

Já em setembro de 2012, o IBOPE Nielsen Online divulgou dados de pesquisa realizada em maio do mesmo ano com internautas na faixa etária entre 2 e 11 anos, informando que a criança brasileira foi a que mais tempo permaneceu conectada ao computador naquele mês, em uma média de 17 horas (IBOPE, 2012).

O tempo dedicado pela criança brasileira à TV, por sua vez, é igualmente excessivo. Por consequência, é também grande o tempo de exposição da criança à publicidade veiculada por esse meio de comunicação. A ausência de regulamentação pelo Estado se dá em prejuízo do público infante-juvenil e viola diversos princípios e regras que figuram na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor. A autorregulamentação levada a efeito pelo CONAR-Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, como será visto, não responde a contento ao aparato protetivo do sistema.

Percebe-se com absoluta clareza que a publicidade de uma forma geral e a publicidade dirigida à criança e ao adolescente de maneira específica têm grande repercussão no consumo das famílias e, por consequência, no endividamento das unidades familiares, sendo premente a intervenção do Estado no setor com a finalidade de fazer valer os princípios constitucionais que protegem a família, as crianças e adolescentes e, em última análise, o consumidor.

#### 4.6.3 A necessidade de regulação e controle da publicidade dirigida ao público infante-juvenil dado seu impacto no consumo das famílias

A publicidade e os meios que a veiculam se apresentam como agentes importantes ou mesmo fundamentais no modo como se comportam os consumidores infante-juvenis. Se o consumo significa para muitos uma maneira de inclusão no próprio corpo social – e isso é inquestionavelmente transmitido pela publicidade – é nas crianças e nos adolescentes que essa crença se instala e se desenvolve:

Pertencer à sociedade de informação é consumir o que há de novo, ser ecológico, usar a grife que o ídolo usa, falar inglês, fazer amor com prevenção, ter pai e mãe que não desafiem seus propósitos, levar para a escola a mochila com a estampa da moda, vivenciar uma faixa etária superior, ser magro ou fazer regime, colocar os pais ('caretas') no seu devido lugar (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 88).

Uma atmosfera de conquista, ascensão, empoderamento, é criada pelo mercado publicitário para alcançar uma categoria de consumidores que, além de influenciar diretamente o consumo das famílias, representa potencial público consumidor futuro e que terá vida longa. Sim porque a expectativa de vida do brasileiro, segundo a última Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil divulgada pelo IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2012, por exemplo, é de 74,6 anos, como visto no item 4.1 (cinco meses e doze dias a mais que a estimada em 2011) (IBGE, 2012).

A publicidade dirigida às crianças e aos adolescentes age sobre os mesmos a curto e a longo prazos. Converte em curto espaço de tempo os menores em consumidores precoces de todo tipo de produtos e serviços, influenciando diretamente os hábitos de consumo da própria família e, a longo prazo, conforma seus gostos, suas crenças, seu raciocínio, seus valores e suas aspirações (VILAR, 2007, p. 44).

Obra da psicóloga Ana Maria Dias da Silva e da publicitária Luciene Ricciotti Vasconcelos, em uma visão crítica do estado atual da prática publicitária frente às crianças entre 2 e 7 anos de idade, apresenta uma análise minuciosa de como elas reagem aos estímulos de comunicação em cada etapa dessa fase da vida e conclui pela necessidade de orientar os pequenos a terem senso crítico diante das mensagens publicitárias, para que cresçam mais felizes com seus atributos e se sintam aceitas por suas peculiaridades (2012, p.75).

Da mesma forma, Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu, de 18 de setembro de 2012, acerca da publicidade dirigida às crianças e aos jovens, indica que a percepção da publicidade varia em função dos grupos de idade. Conclui o referido Parecer que o marco jurídico da União Europeia, adiante mencionado, não atende às necessidades atuais de proteção aos menores frente às comunicações comerciais e defende a adoção de medidas mais restritivas que garantam os direitos de proteção às crianças e adolescentes de maneira mais efetiva (FERNANDÉZ, 2013, p.141).

Não compete a este trabalho o julgamento ético ou moral da atividade publicitária e seu alcance. Entretanto, dado o impacto que a publicidade dirigida ao consumidor em geral e ao público infanto-juvenil em especial exerce sobre o consumo das famílias e dada sua influência no superendividamento dos núcleos familiares, necessário se faz demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a proteção do vulnerável na relação de consumo,

principalmente da criança e do adolescente, que gozam de proteção especial, como é de ver-se da redação do artigo 227 da Constituição da República, o que também acontece com a unidade familiar, conforme se depreende do mesmo artigo 227. É, dessa forma, a proteção imposta pela Constituição e seus princípios e normas, e pela legislação infraconstitucional, que deve estabelecer os necessários limites à publicidade.

É de se concluir pela impossibilidade de ser desprezado o impacto que a publicidade exerce sobre as escolhas de consumo de crianças e adolescentes.

Princípios e regras compõem e concretizam a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a qual é alçada ao *status* de norma constitucional e se estabelece no artigo 227 da Carta de 1988. A doutrina da proteção integral é considerada por Andréa Rodrigues Amin espelho do princípio da dignidade da pessoa humana para crianças e adolescentes e vem substituir a doutrina da situação irregular, que era aplicada pelo antigo Código de Menores de 1979 e vigeu até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Essa doutrina se limitava a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular estabelecido na antiga lei. Com a doutrina da proteção integral, que absorveu os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança, foi considerada para fins protetivos situação de eventual risco social, tal como previsto no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “[...] tipo aberto, conforme a melhor técnica legislativa, que permite ao Juiz e operadores da rede uma maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção” (2011a, p. 15).

O princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse norteiam o direito da criança e do adolescente e, por consequência, seu respectivo Estatuto (Lei nº 8.069/90). A prioridade absoluta, que está encravada no artigo 227 da Constituição da República e é prevista nos artigos 4º e 100, parágrafo único, II do Estatuto, fixa a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses e integra a doutrina da proteção integral. Essa primazia é que possibilitará a concretização dos direitos fundamentais prescritos no mesmo artigo 227 da Constituição e reapresentados no *caput* do artigo 4º do Estatuto (2011b, p.33).

O princípio do melhor interesse (*best interest* do direito inglês do século XIX) foi adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e já figurava no Código de Menores. Na vigência deste, no entanto, a aplicação do princípio era

limitada às crianças e aos adolescentes em situação irregular. Com a adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição e demais normas do sistema protetivo, a aplicação do princípio do melhor interesse ganhou amplitude e se volta para todo o público infanto-juvenil:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras (2011a, p. 34).

Adverte Paulo Lôbo que o princípio do melhor interesse não representa apenas uma recomendação ética mas sim uma “[...] diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (2008, p. 55).

A família, por sua vez, goza também de especial proteção do Estado, conforme a dicção do artigo 226 da Constituição da República. Na Carta, mais precisamente em seu artigo 220, há expressa determinação para garantia à pessoa e à família da possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão, aqui incluída indubitavelmente a publicidade, que contrariem os princípios estabelecidos no artigo 221, entre os quais a preferência na produção e programação das emissoras de rádio e TV a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (inciso I) – o que é repetido de forma determinante pelo artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente – assim como o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (inciso IV).

A Constituição de 1988 também cria um sistema protetivo para o consumidor, sendo sua construção desenhada em conjunto com a Lei. 8.078, de 11 de setembro de 1990, editada por imposição do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Código de Defesa do Consumidor, como já observado proíbe a publicidade enganosa e abusiva, considerada esta, entre outras relevantes características, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento da criança ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, incluída aqui, por óbvio, a higidez psíquica. Veda igualmente o CDC ao fornecedor “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”, estabelecendo tal prática como abusiva nos exatos termos do inciso IV do seu artigo 49. O artigo 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a propósito, prescreve que os mesmos “têm direito a informação, cultura, lazer,

esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

Há autores que defendem uma espécie de abusividade intrínseca à publicidade quando a mesma é dirigida aos menores de 10 anos, já que essas crianças não teriam discernimento sequer para identificá-la:

Para a criança, é mais difícil reconhecer a mensagem publicitária como prática comercial que, ainda que não seja, clandestina, é subliminar ou disfarçada. Ao contrário do adulto, que possui mecanismos internos para compreender as diversas artimanhas utilizadas pela publicidade, a criança não tem condições de se defender dos instrumentos de persuasão criados pela poderosa indústria publicitária e, por isso, deve ser protegida (FERREGUETT, 2009, p. 66).

Todo esse arcabouço normativo somente se justifica pela necessidade encontrada pelo legislador para a proteção do público infanto-juvenil em sua exposição à publicidade, que por ser dirigida à criança e ao adolescente em sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento (art. 6º, ECA) e que gozam de proteção integral (art. 227, CR), não pode ser negligenciada e deve sofrer a intervenção do Estado, inclusive por ser atividade nitidamente econômica. Como já analisado, só há publicidade no mercado de consumo, o qual é fomentado pelos agentes econômicos, não havendo como dissociá-la do ambiente específico da ordem econômica.

A autorregulamentação publicitária, no caso específico da publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, traz sua contribuição nos termos do que dispõe o artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual estabelece uma série de recomendações à indústria publicitária, reforçando seu caráter de coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Como visto porém no capítulo anterior, as normas do sistema de autorregulamentação são desprovidas de cogência e possuem eficácia limitada, já que privadas da força do Estado. São normas dispositivas de natureza privada que orientam a atividade publicitária no país.

Mesmo alguns países com economia de mercado extremamente liberal, como é o caso dos que compõem o Reino Unido, decidiram pela restrição à publicidade dirigida ao público infanto-juvenil (HENRIQUES, 2006, p. 181). Os próprios Estados Unidos da América chegaram a estabelecer políticas com vistas à separação, pelas emissoras, do que é programação e o que é anúncio publicitário durante a programação infantil, bem como à

proibição da participação de personagem ator em publicidade veiculada em programa dirigido à criança e realizado pelo mesmo personagem ator (2006, p. 175).

A União Europeia adotou como marco regulatório das atividades de radiodifusão televisiva, a Diretiva chamada “Televisão sem Fronteiras”, editada em 3 de outubro de 1989, modificada em 30 de junho de 1997 e, posteriormente, em 18 de dezembro de 2007. A Diretiva foi concebida na tentativa de harmonizar os sistemas dos diversos Estados membros no que se refere às atividades das cadeias de televisão. Cada país, entretanto, é livre para estabelecer suas próprias regras.

Assim, no continente europeu, vários são os países que restringem a publicidade infanto-juvenil. A Suécia chegou a proibir, desde 1991, a publicidade dirigida à criança menor de 12 anos, em horário anterior às 21 horas (HENRIQUES, 2006, p. 186). Áustria, Dinamarca e Finlândia proíbem quaisquer mensagens dirigidas a menores, excetuando-se aquelas que se justifiquem por razões de indispensabilidade de atuação cenográfica. Na Grécia é proibida a publicidade de jogos e brinquedos das 7 às 22 horas. Lei italiana restringe a publicidade dirigida às crianças e adolescentes, restando proibida a inserção de anúncio publicitário durante a emissão de desenhos animados (FROTA, 2007, p. 54).

Em Portugal, onde foi editado um Código da Publicidade (Decreto-Lei n° 330/90, de 23 de outubro), a publicidade voltada aos menores de 18 anos deve sempre levar em conta a sua vulnerabilidade psicológica, estabelecendo o seu artigo 14° rol exemplificativo de situações que se afiguram como atentatórias da credulidade, inexperiência, integridade física ou moral dos menores (CHAVES, 2005, p. 66).

Embora não exista legislação específica para regulamentação da publicidade dirigida ao público infanto-juvenil no Brasil, uma interpretação sistêmica das normas que têm por fim a proteção da criança, do adolescente, da família e do consumidor, é suficiente para estabelecer os necessários limites à atividade publicitária voltada a esse público.

## **CAPÍTULO V – A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO**

*Sumário:* 5.1 – A atualidade do Código de Defesa do Consumidor e a sua eficiência como microsistema voltado à defesa do consumidor. 5.2 – Insuficiência do modelo civil clássico de insolvência para o tratamento do superendividamento. 5.3 – O tratamento jurídico do superendividamento na experiência estrangeira. 5.4 – Caminhos e fundamentos da proteção do consumidor superendividado no direito brasileiro.

### **5.1 A ATUALIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA EFICIÊNCIA COMO MICROSSISTEMA VOLTADO À DEFESA DO CONSUMIDOR**

O presente trabalho foi pontuado em diversas passagens sobre o desequilíbrio da relação jurídica de consumo, estabelecida sempre entre um fornecedor de produtos ou serviços e o consumidor. Uma relação desigual em diversos aspectos dada a incontestável vulnerabilidade do consumidor.

No item 1.7, ao se tratar da interlocução entre o direito civil e o direito do consumidor, discorreu-se igualmente acerca da doutrina da constitucionalização do direito civil, renovada teoria também conhecida como metodologia civil-constitucional e que se aplica ao direito privado como um todo. Longe de ser uma unanimidade, a metodologia civil-constitucional, cujos pressupostos, como visto são a força normativa da Constituição, a unidade e complexidade do ordenamento jurídico voltado aos princípios e valores constitucionais, e a renovação da teoria da interpretação (LÔBO, 2009a, p. 37), vem sendo largamente utilizada por juízes e tribunais de todo o país, inclusive nos tribunais superiores.

Críticas não são incomuns e questionamentos surgem a partir de uma ideia equivocada de que os adeptos da constitucionalização creem que o direito civil nasceu ou renasceu com a Constituição de 1988. Não há em absoluto essa crença. Inexiste menosprezo ao caráter milenar do direito civil e seus mais caros institutos, pelo contrário. O constitucionalismo do século XX que se ergue sobre os pilares do Estado social, instituiu uma série de vínculos e limites a todos os poderes públicos, deixando a vocação programática das

Constituições para estabelecer força normativa capaz de empreender a concretização dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e da ordem econômica voltada para a justiça social, assim como outros ali inscritos.

As duas últimas fases do Estado moderno, que datam de aproximadamente duzentos e cinquenta anos, se iniciam com a passagem do absolutismo para o Estado liberal, continuando com o advento do Estado social. São ricos momentos da história da humanidade e que trouxeram inigualável contribuição para o direito.

A opção pelo Estado social no Brasil, já na primeira metade do século XX, aliada à promulgação de uma constituição que vem restaurar a democracia no país após mais de duas décadas de ditadura militar, pode acarretar uma primeira impressão de que se defende rupturas capazes de reduzir a importância do direito privado, relegando-o a um adendo, um complemento do direito constitucional. Não é o que de fato ocorre.

Talvez por ser justamente onde se veem reguladas as relações entre os particulares, onde até muito pouco tempo o Estado não penetrava, os influxos das mudanças trazidas com a constitucionalização do direito privado apresente resistências.

É necessário observar entretanto que o projeto do “novo” Código Civil, promulgado em 2002, já tramitava no Congresso Nacional desde a década de 70. No caso peculiar do Código de Defesa do Consumidor, embora já se discutisse o anteprojeto, foi a Constituição que alavancou sua edição.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, o grupo de juristas que atuou na redação do Código de Defesa do Consumidor já trabalhava no anteprojeto que originou a Lei nº 8.078/1990. No entanto, indubitavelmente o momento vivido no país com a redemocratização e com o ânimo renovado pela promulgação de uma Constituição que quebrou diversos paradigmas, como os que dizem respeito ao direito de propriedade, quase um direito sagrado e absoluto no Estado liberal, tornou o ambiente social propício à aprovação de um Código do Consumidor arrojado, moderno, avançado, que serviu de inspiração a legislações de outros países e até mesmo a diplomas legais nacionais, como é o caso do próprio Código Civil de 2002. A inserção da defesa do consumidor entre os direitos fundamentais e os princípios da ordem econômica, muito contribuíram para a promoção e concretização dos direitos previstos no CDC.

E se o direito civil não nasceu por óbvio com a Constituição de 1988, assim aconteceu com o direito do consumidor tal qual o conhecemos hoje. Foi também por determinação constitucional que foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor.

Convém salientar sempre que, quando se fala em constitucionalização do direito privado, não se quer afirmar que as normas do direito civil ou do consumidor necessitam estar encravadas no texto constitucional. Pelo contrário, as normas infraconstitucionais vão buscar na Constituição seu fundamento de validade, ainda que valores fundamentais do direito privado tenham sido absorvidos pela Carta de 1988.

O que importa salientar e dá a tônica da Constitucionalização é o abandono pela Constituição dos efeitos simbólicos das normas programáticas, voltando-se para a plena eficácia dos valores escolhidos para o fundamento da organização social, convertidos em regras e princípios constitucionais.

Nessa ambiência nasce, por força de comando constitucional (art. 48, ADCT), o Código de Defesa do Consumidor. Como lei diretiva e principiológica que é, o CDC traz em seu bojo normas de grande alcance prático, regulando as mais diversas situações jurídicas que envolvem consumidor e fornecedor de produtos ou serviços. Além da definição dos atores (consumidor e fornecedor) e do objeto (produto e serviço) da relação jurídica de consumo, o Código, em verdade um microsistema dado seu caráter pluritemático e multidisciplinar, quebra diversos paradigmas e é a representação legislativa do princípio da função social do contrato, que como analisado anteriormente, tem *status* constitucional. É o primeiro diploma legislativo brasileiro a versar explicitamente sobre a boa-fé, a inversão do ônus da prova e a desconsideração da personalidade jurídica, entre outros institutos. Trata-se de uma lei voltada para o futuro, uma lei libertadora no sentido adotado pelo pensador dominicano Henri Lacordaire, para quem, na relação entre o forte e o fraco a liberdade escraviza e a lei liberta. Passado quase um quarto de século de sua entrada em vigor, o CDC se mantém atual. Mas o que o mantém atual? Seu texto inovador e vanguardista? A resposta não pode ser negativa mas também não deve ser respondida com a simplicidade que aparenta ter a questão. Até porque outras indagações a ela se alinham: se o Código mantém sua atualidade, por que tanto se fala em atualização; por que há tantos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com essa finalidade (utilizando-se o argumento de pesquisa “código de defesa do consumidor” são encontradas 814 proposições no sítio da Câmara [Câmara, 2014] e 297 no sítio do Senado [Senado, 2014])?. Teria o CDC se tornado prisioneiro do seu tempo, como

denuncia Antônio Herman Benjamim no prefácio à obra de Clarissa Costa de Lima sobre o superendividamento (2014, p. 17)? Por fim e no que interessa ao presente trabalho, estaria o superendividamento desconsiderado da proteção outorgada pelo Código ao consumidor?

O que mantém o Código de Defesa do Consumidor atual, além do seu texto inovador e vanguardista, são seus fundamentos constitucionais. Sua construção se deu sobre a sólida base do comando constitucional que garante a defesa do consumidor como direito fundamental e daquele que a posiciona entre os princípios vetores da ordem econômica, cuja observância deve garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. É na Constituição que se situam os fundamentos de validade dos comandos contidos no CDC.

É na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, nos valores sociais da livre iniciativa, na solidariedade, na legalidade, na igualdade, na justiça social, na função social da propriedade que repousam ditos fundamentos. E a esses princípios deve compatibilizar o ordenamento infraconstitucional, no que o Código de Defesa do Consumidor atende com plenitude. A busca por sua atualização está muito mais próxima da dificuldade que tem o operador do direito de trabalhar com princípios em detrimento de regras do que da efetiva necessidade de estabelecimento de novas regras para tratar a questão. Embora o superendividamento tenha surgido na realidade econômica e jurídica da sociedade brasileira recentemente, o projeto constitucional levado a efeito em 1988 traz a base e o arcabouço para que se trate dessa ou de qualquer outra situação jurídica onde um dos polos seja um contratante vulnerável, um consumidor. O CDC, por sua vez, cumprindo o papel de defender o consumidor, se apresenta também como um diploma principiológico, o que o torna uma lei perene, capaz de se adequar a novas realidades, aos novos tempos. As normas contidas no CDC e seus fundamentos constitucionais são suficientes para cuidar da prevenção e do tratamento do superendividamento. Porém, se lei for editada para essa finalidade, mesmo prevendo um procedimento concursal, há de ser voltada para a grande massa de consumidores, adequando-se aos novos tempos, onde na perspectiva do mercado a pessoa vale mais pelo crédito que dispõe do que pelo patrimônio que possui. Também deve buscar efetividade, deixando de lado formalismos que impeçam desnecessariamente a solução do problema. Por fim, deve voltar sua eficácia não somente para solver dívidas mas também para reestruturar a situação financeira daqueles que buscarem o seu socorro.

## 5.2 INSUFICIÊNCIA DO MODELO CIVIL CLÁSSICO DE INSOLVÊNCIA PARA O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O estado de insolvência do devedor sempre esteve ligado a aspectos negativos, como a má administração do seu patrimônio, das finanças, da sua própria vida, sendo exclusivamente dele a responsabilidade por estar impossibilitado de solver suas dívidas. Vincula-se tal estado muitas vezes à má-fé, como se o devedor insolvente provocasse dita situação para se livrar de suas dívidas. Esse preconceito por certo tem sua origem na antiguidade, quando dever era motivo de desonra e o devedor, como já visto no capítulo I, respondia com o próprio corpo ou liberdade por sua inadimplência.

Em Roma, como observado, o devedor perdia o seu *status* de cidadão e algumas vezes a própria vida. Com a edição da *Lex Poetelia Papiria* os credores foram autorizados a entrar na posse dos bens com o decreto da insolvência. Na última fase do direito romano, com a prática da *cessio bonorum* introduzida pela *Lex Iulia*, o devedor insolvente fazia a entrega de todos os seus bens para divisão igualitária entre os credores e somente quando todos estivessem pagos livrava-se da rota desabonadora desonrosa a que era submetido (MAMEDE, 2012, p. 10)

Gladston Mamede lembra passagem da literatura, referindo-se a um personagem de William Shakespeare em “O mercador de Veneza”, que alude a um falido como um mau companheiro de negócios, um pródigo, que oferecera como garantia de pagamento um pedaço de seu próprio coração (2012, p. 2).

Complementa o mesmo autor que o tratamento da insolvência não prescinde da constatação de que toda empreitada humana implica a possibilidade de erro, de fracasso, de insucesso:

Todavia, poucos se mostram capazes de perceber o drama que está por trás da insolvência, a humilhação a que se submete o insolvente, o falido, sua baixa estima, seu sentimento de fracasso. Pelo contrário, a sociedade repugna o fracasso e culpa o insolvente como se fosse um criminoso (2012, p. 3).

Humberto Theodoro Júnior aponta a Idade Média como o período histórico em que a tendência individualista de cobrança das dívidas, que privilegiava um credor em detrimento de outro, foi substituída por uma tendência solidarista, onde era observada a *par conditio creditorum*, o tratamento isonômico entre os diversos credores (2009, p. 19).

Importante notar no entanto que o solidarismo a que se refere esse autor está ligado ao domínio patrimonial, não se identificando com o princípio constitucional da solidariedade, insculpido no inciso I do artigo 3º da Constituição da República. Na verdade, a solidariedade a que se refere Theodoro júnior é aquela que emerge dos artigos 264 a 285 do Código Civil.

É possível que essa carga histórica negativa seja uma das razões pelas quais o instituto da insolvência civil, hoje presente nos artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil, não tenha alcançado o efeito prático desejado, vivendo em permanente desuso.

Embora o concurso de credores diminua a frustração destes quanto a expectativa de satisfação de seus respectivos créditos, o que é positivo sob a perspectiva do limite à atuação individual, por vezes arbitrária, e da conseqüente operação de interesses comuns, a insolvência civil, tal como prevista no Código de Processo Civil, tem sua inspiração na falência do comerciante e apresenta um procedimento de difícil projeção prática. Além dos entraves que decorrem da complexidade procedimental, é possível observar que desde sempre a grande maioria dos brasileiros não possui bens a compor um patrimônio que satisfaça suas dívidas. Com a instituição obrigatória do bem de família (Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990) e a impenhorabilidade da pequena propriedade rural produtiva (CR, art. 5º, XXVI) e sua repercussão, a solução haveria de ser outra. Hoje a massa de endividados necessita de um procedimento que, de fato, promova sua recuperação financeira.

Em verdade, o sistema de concurso de credores para solvabilidade das dívidas da pessoa física não empresária, tal qual a antiga concordata – hoje recuperação de empresas – e a falência, é construído sobre base patrimonial e no interesse dos credores. Tanto é que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, caso o falido obtenha qualquer valor patrimonial suscetível de penhora, poderá ser o mesmo objeto de execução individual para pagamento de créditos ainda não satisfeitos. A regra, ainda que com alguns temperamentos, está prevista no artigo 158 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

No dizer de João Otávio de Noronha e Sérgio Mourão Corrêa Lima, os processos concursais, tais como a falência e a recuperação de empresas envolvem dois aspectos: o subjetivo, que se consubstancia na coletividade de credores e o objetivo, representado pelo conjunto de bens do devedor (2009, p. 83). Esses mesmos aspectos alicerçam a insolvência civil. Inexiste qualquer preocupação com a pessoa do devedor, com a preservação do

patrimônio mínimo necessário a sua subsistência ou sua reinserção no mercado. Daí ser possível concluir que o modelo da insolvência civil na lei processual nunca foi suficiente para solucionar a situação jurídico-financeira da pessoa física endividada ou mesmo insolvente. Isto fica claro quando, com a maioria da população endividada, o legislador propõe no projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, com o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 8.046/2010) que permaneçam reguladas pelo Código de 1973 as execuções contra devedores insolventes até a edição de lei específica (SENADO, 2014).

As mudanças paradigmáticas trazidas pela nova ordem constitucional precisam atingir a grande massa de brasileiros que, induzidos por um modelo de publicidade que só entende o mercado pela metáfora da mão invisível que tudo encaixa, tudo resolve, e responsabiliza exclusivamente o consumidor por suas escolhas, necessitam de procedimentos abertos plurais e flexíveis de reestruturação financeira.

A propósito das escolhas do consumidor no jargão do mercado, é curioso notar que o significado do verbo escolher está intrinsecamente ligado ao próprio ato de consumir, não exatamente ao que diz respeito a marca, preço ou outro elemento. É como dizer que o cidadão consome porque quer, compra demasiadamente porque não sabe administrar suas finanças; só ele consumidor é responsável por consumir. Isto sem contar com as situações em que escolha não há, como no caso do fornecimento de energia elétrica, em que somente uma empresa fornece o serviço, deixando o consumidor sem opção: é consumir ou consumir.

O modelo de execução coletiva – Execução contra Devedor Insolvente – instituído pelo Código de Processo Civil nos artigos 748 a 786-A, não alcança a maioria dos consumidores endividados, hoje uma realidade que atinge todas as classes sociais. O modelo para o concurso de credores deve ser de fácil acesso (CR, art. 5º, XXXII e XXXV), rápido (CR, art. 5º, LXXVIII) eficaz e, de preferência, consensual.

O procedimento previsto no diploma processual privilegia apenas o devedor que possui bens, situação que não corresponde à realidade da maioria dos endividados. As dívidas muitas vezes são contraídas para aquisição de vestuário, utensílios do lar, aparelhos eletrônicos e não poucas vezes para obtenção de gêneros alimentícios. Milhões de brasileiros foram alçados à condição de consumidores na última década e extremamente estimulados a consumir, porém sem educação para o consumo (CDC, arts. 4º, IV e 6º, II) e informação suficiente (CDC, arts. 4º, IV) e adequada (CDC, arts. 6º, III, 31, 46), em especial no que diz

respeito à concessão de crédito (CDC, art. 52). Tal situação veio acarretar o endividamento da população e o surgimento cada vez mais crescentes de superendividados. E dado o estado de superendividamento de boa parte de consumidores é imperativo que o procedimento, ainda que judicializado, seja o mais simples possível, com poucas fases e menor participação do juiz.

### 5.3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO SUPERENDIVIDAMENTO NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

O superendividamento da população não é efetivamente uma novidade na experiência estrangeira. Muitas das maiores economias do mundo, a exemplo dos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha e França, vêm experimentando o gosto amargo de sua realidade. Na maioria dos países da zona do Euro, o superendividamento também não é tema desconhecido de seus habitantes. Pelo contrário, após a crise econômica mundial de 2008, houve forte agravamento na solvabilidade da grande massa de devedores dessas nações, sendo certo que muitas foram as soluções buscadas, algumas tentando adaptar procedimentos já existentes, outras trazendo novas possibilidades para o enfrentamento da questão.

O presente item versará de maneira descritiva acerca das iniciativas de alguns países e concentrar-se-á nas soluções encontradas por três ordenamentos: o norte-americano, o francês e o italiano. Estados Unidos e França já possuem há muito legislação para tratamento das situações de superendividamento. Como será analisado, inicialmente as previsões normativas dos dois países eram antagônicas. Porém na busca por equilíbrio entre a segurança jurídica e o acesso à massa de consumidores que se apresentam em tal situação de endividamento, ambas foram se aproximando ao longo do tempo. A opção pela legislação dessas nações se deu pelo fato de nelas existirem procedimentos consolidados que foram se aperfeiçoando para adaptarem-se às novas realidades e se tornaram parâmetros para os estudos legislativos e acadêmicos. A escolha do ordenamento italiano se deu pela tentativa de simplificação de seu procedimento de concurso de credores, semelhante ao brasileiro, para adaptação às situações de superendividamento.

Como premissa para a análise dos procedimentos, importante salientar que os Estados Unidos, assim como Inglaterra e Alemanha, preveem a falência da pessoa física e da pessoa jurídica, independentemente da atividade por elas exercida. Outros países como França, Espanha e Bélgica contemplam procedimentos diversos mas paralelos. Na França, o

procedimento para o tratamento do superendividamento, ainda que não aplicável à falência, tem natureza concursal.

No continente europeu, delinea-se uma percepção geral no sentido de ser oportunizada uma resposta unitária, mostrando uma tendência para a unificação dos procedimentos. A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia vem denunciando o alto nível crítico da relação entre as condições materiais da população e os direitos fundamentais e a necessidade equacionar essa realidade.

Por outro lado, a quitação da dívida com o perdão, pelo que os norte-americanos chamam de *fresh start* (recomeço), que acontece quando o consumidor é reinserido no mercado com o objetivo de voltar imediatamente a consumir – uma peculiaridade do mercado nos Estados Unidos – sofre resistências na Europa, dado o fato de que os consumidores não seriam estimulados a honrar suas dívidas e não evitariam incorrer em nova situação de superendividamento (PELECCHIA, 2012). A crise econômica mundial de 2008, ainda em curso, fez com que essas resistências fossem amainadas, aproximando, como já dito, os sistemas jurídicos de diversos países, em especial Estados Unidos e França, onde o tratamento do superendividamento se encontra em estágio avançado.

No que diz respeito à Itália, é preciso reconhecer que a lei falimentar italiana (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), em sua versão original, previa nos artigos 142 a 145 o instituto da reabilitação civil da pessoa física, substituído através de reforma ocorrida em 2006 pela “*esdebitazione*” (sem tradução para o português), semelhante ao “*fresh start*” dos norte-americanos e que promove um recomeço para o devedor pessoa física, permitindo-lhe a liberação de todo o débito com o pagamento de uma parte apenas. Esse benefício no entanto era somente outorgado ao comerciante individual, não mais atendendo ao devedor civil.

Em 2012 o vazio legislativo gerado pela reforma de 2006 é recuperado pela Lei 27.01.2012, n. 3, que vai além da disciplina anterior, dedicando atenção também aos os devedores pessoa física excluídos da lei falimentar, o insolvente civil e o consumidor. A nova lei assim, versa exclusivamente sobre as situações de superendividamento, quer do insolvente civil, quer do consumidor. Três são os procedimentos previstos na Lei 3/2012: o plano do consumidor (*Il piano del consumatore*), o acordo do devedor (*L'accordo del debitore*) e a liquidação dos ativos (*La liquidazione dei beni*). Estabeleceu a lei em seus artigos 7 e 8, que o devedor em estado de superendividamento pode propor aos credores um acordo de

reestruturação dos débitos com base em um plano que preveja a satisfação dos créditos, sob qualquer forma, também mediante a cessão de créditos futuros. É facultado ao devedor redigir um acordo com os credores. O devedor será sempre uma pessoa física e a proposta é redigida com o auxílio dos organismos de composição de crise (OCC). Estes podem ser órgãos públicos; organismos de conciliação constituídos pelas câmaras do comércio, indústria, artesanato e agricultura; e as ordens profissionais de advogados, contadores e notários. A proposta deve se consubstanciar em um acordo de reestruturação dos débitos sob a base de um plano de amortização que assegure o pagamento das dívidas sem prejuízo ao direito daqueles que ao mesmo não aderiram.

O que a lei italiana oferece de mais significativo ao devedor em dificuldade é a possibilidade de suspensão das ações executivas, a iniciar-se ou já em curso, exceto quanto aos débitos fiscais.

O acordo do devedor permite à pessoa física que exerce atividade de empresa ou trabalho autônomo, uma espécie de procedimento concordatário, o qual tem início através de uma determinação judicial que estabelece a publicidade da proposta e do ato emanado do Juízo, seguida de audiência após sessenta dias do depósito da documentação. Na audiência, o juiz verificará se há indício de fraude aos credores, determinando em caso positivo a revogação do ato que deu início ao procedimento. Se os termos do acordo forem aceitos, o organismo de composição de crise emite um relatório aos credores sobre o que foi objeto daquele, certificando também a viabilidade do plano, seguindo-se a remessa do mesmo ao juiz que observará a existência de eventual contestação e analisará tal viabilidade, homologando ou não o acordo.

Quanto ao superendividamento do consumidor, o procedimento é simplificado para que as fases de admissibilidade, contestação e homologação ocorram na audiência designada pelo juiz. Este pode inclusive aprovar o plano do consumidor ainda que haja oposição dos credores, caso o julgue conveniente e viável.

O profundo impacto que a crise econômica de 2008 teve no agravamento das situações de endividamento extremo ou superendividamento das famílias italianas acarretou a demanda por soluções mais simplificadas.

A fase executiva é comum ao plano do consumidor e ao acordo do devedor em situação de superendividamento. Nessa fase liquida-se o patrimônio de um ou de outro. E é

justamente a fase de liquidação que aproxima o procedimento previsto na legislação italiana com o concurso de credores ainda vigente no Brasil que, como já demonstrado é inservível à maioria dos consumidores e devedores civis. De fato, a existência de patrimônio, seja do próprio devedor ou consumidor, seja de terceiros, como condição para homologação do plano ou do acordo, dificulta sobremaneira a possibilidade do atingimento da grande massa da população envolvida em questões como tais. No Brasil em especial, a maior parte dos cidadãos não detém patrimônio. Quando acontece, este é representado pelo imóvel que serve de residência ao casal ou à entidade familiar, que por sua vez é protegido pela Lei nº 8.009/90. A propósito, a proteção do bem de família é um importante aspecto a ser considerado na solução do superendividamento no Brasil. Outra peculiaridade do sistema italiano é a permissão de que a pessoa jurídica não sujeita à falência e concordata possa se utilizar da Lei 3/2012, também chamada de Lei de Composição da Crise de Superendividamento. Quer isto dizer que um ente coletivo como uma associação, por exemplo, pode se utilizar dos procedimentos previstos na mencionada lei.

Segundo Enza Pelechia, no direito italiano, ainda que novo em dimensão e em caracterização sociológica, o superendividamento reclama na realidade um tema antigo, qual seja o do tratamento diferente reservado pelo ordenamento ao devedor civil e ao devedor comercial ou empresarial em caso de insolvência (2012, p. XVI).

Na Alemanha, experiência recente tem solucionado um sem número de demandas relativas a contratos bancários. Trata-se da gestão de processos movidos por consumidores de serviços bancários, conduzida por um *ombudsman* de bancos privados. Criado em 1992 pela Associação de Bancos Privados Alemães (*Verbanden der deutschen privaten Banken*), com sede em Berlim, esse sistema solucionou somente em 2012, onze mil litígios entre clientes e instituições financeira. O serviço administrativo se concentra em Berlim, é gratuito para o consumidor e sem ônus para o Estado, já que mantido como atividade privada da mencionada Associação, e é prestado por juízes aposentados dos diversos tribunais alemães, inclusive os tribunais superiores (FINANZTIP, 2012).

Os Estados Unidos, onde a falência da pessoa física é permitida desde 1898, assim como outros países de tradição *common law*, a exemplo de Inglaterra, Canadá e Austrália, adotam o modelo denominado *fresh start*, que significa recomeço, proporcionando ao consumidor superendividado uma nova chance de se reestruturar financeiramente. Coerente com seu modelo econômico liberal, o sistema norte-americano enxerga o superendividamento

como uma falha do mercado, não do consumidor. Dessa maneira, o propósito imediato é reinsserir o devedor no mercado de consumo. Para tanto, o procedimento prevê o perdão da dívida, se houver patrimônio disponível. O perdão da dívida, no modelo de *fresh start*, está então ligado a razões de mercado.

Na França, a exemplo de boa parte dos países europeus, o tratamento do superendividamento se dá por intermédio de planos de pagamento, prevendo-se uma espécie de educação financeira, responsabilizando-se o consumidor pelas dívidas assumidas. Ao contrário do sistema adotado nos Estados Unidos, o superendividamento é entendido na França como uma falha pessoal do devedor, não do mercado, e dessa forma a pessoa do devedor se submete ao pagamento das dívidas, total ou parcialmente.

Interessante observar, como já sinalizado, que novas tendências vêm avançando em ambos os sistemas, aproximando-os sobremaneira, havendo quem suscite estarem os diversos sistemas jurídicos “rumo a uma convergência global” (LIMA, 2014, p. 83).

Na verdade, autores norte-americanos têm defendido o fim do perdão da dívida, entendendo que um plano de pagamento e o comprometimento de parte da renda futura do consumidor poderia cumprir o objetivo da reinserção deste ao mercado, mas com responsabilidade financeira. O que se tem observado na prática é uma tendência de restrição ao *fresh start*, diminuindo-se o rol das dívidas que podem ser beneficiadas com o perdão. Foi o que ocorreu em 2005 com a reforma da lei de falência norte-americana, onde também se passou a exigir um teste de verificação da capacidade de reembolso. Por outro lado, a França, que possui um sistema mais rígido e não permitia o perdão da dívida, teve sua legislação modificada para aceita-lo em casos extremos, em que a situação do superendividado seja irremediável:

Com essas alterações legislativas, a simples dicotomia entre planos de pagamento e perdão das dívidas não existe mais. Alguns países adotaram modelos híbridos, nos quais o devedor pode obter o perdão das dívidas quando tiver dificuldade no cumprimento do plano de pagamento e demonstrado o esforço para pagar as dívidas. De outro lado, os sistemas fundados no *fresh start* podem condicionar o perdão ao pagamento de parte das dívidas (LIMA, 2014, p. 87).

Duas são as fases do procedimento francês para o tratamento do superendividamento: uma administrativa e outra judicial. Dá-se início com a avaliação, por parte de um órgão administrativo denominado Comissão de Superendividamento, da situação do devedor, podendo haver de logo uma conciliação, de onde se origina o plano de

renegociação das dívidas, que terá prazo máximo de dez anos. Não sendo possível conciliar, a Comissão encaminha o caso ao Judiciário com as sugestões que entende viáveis para a solução da situação de superendividamento.

Importante capítulo no tratamento do superendividamento na França foi a inserção no Código de Consumo em 1998, do conceito de *rest a vivre*, que corresponde ao que no Brasil se denomina de “mínimo existencial”. O artigo L.331-2 do Código define o *rest a vivre* como “[...] uma parte dos recursos necessários para as despesas correntes do lar” (CALAIS-AULOY, 2000).

#### 5.4 CAMINHOS E FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO NO DIREITO BRASILEIRO

A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor (STJ, 2001).

O destaque acima é um excerto de um voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do pedido de *Habeas Corpus* nº 12.547-DF. O leitor deve abstrair do texto a questão relativa à prisão do depositário infiel, hoje considerada ilícita pelo Supremo Tribunal Federal, que pacificou a matéria e editou a Súmula Vinculante nº 25. Feito isso, descortina-se no voto, como de resto na caso concreto levado a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, uma síntese de diversos problemas levantados nesta tese.

A emblemática decisão foi prolatada em sede de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor da cliente de um banco que, nos autos de uma ação de busca e apreensão convertida em depósito de um veículo financiado através de um contrato de alienação fiduciária, teve o decreto de sua prisão mantido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por ser considerada depositária infiel dada sua recusa em devolver o automóvel. Em defesa da paciente, além de algumas questões de ordem processual e também material, foi

alegado motivo de força maior para justificar a impossibilidade de devolução do bem ao credor, considerando ter sido o veículo objeto de furto.

O ponto nodal da questão, na verdade, é a discussão acerca da dívida existente entre determinado banco e sua cliente, que adquiriu automóvel para uso na prestação de serviço de taxi. A dívida assumida mais do que quadruplicou no intervalo de apenas dois anos e entendeu o Relator do remédio processual que a taxista, já contando com sessenta anos de idade e com renda mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais), teria consumida toda a renda a ser obtida até o resto de sua vida para pagar os juros bancários decorrentes do contrato celebrado.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade pela concessão da ordem. O voto do Relator, por sua vez, teve como razão de decidir e fundamentos duas linhas de raciocínio e argumentação calcadas no princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários da igualdade e da liberdade, e na eficácia horizontal da norma constitucional na relação de direito privado. A opção foi pela aplicação direta da Constituição ao caso concreto por se tratar de relação desigual de poder entre uma grande corporação empresarial e um particular, desigualdade esta similar a que se estabelece entre o Estado e o indivíduo.

Alguns questionamentos podem ser levantados sobre essa decisão. Ao fundamentar o julgado no princípio da dignidade da pessoa humana, optou a Quarta Turma pela decantada banalização desse princípio constitucional? Ao aplicar diretamente o princípio na relação privada, sem a intermediação do legislador, praticou a corte o também exaltado ativismo judicial? O que efetivamente foi considerado pelos julgadores na interpretação das normas constitucionais utilizadas?

Decidir com base na dignidade da pessoa humana é fazer valer a norma constitucional que estabelece os fundamentos da República brasileira, constituída em Estado democrático de direito (art. 1º, III). O exercício do julgador foi o de buscar nesse princípio o fundamento de validade das normas de direito contratual aplicadas ao caso. A criticada banalização está mais ligada à forma de atuação dos operadores de direito, do que à utilização indiscriminada do princípio. Até porque o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado sempre, ainda que não explicitado, já que vetor da ordem jurídica. O que não se permite acontecer é dirimir todo e qualquer conflito com a argumentação rasa de que assim foi feito em função da dignidade da pessoa humana. A argumentação, a ponderação e a

subsunção são os métodos e instrumentos a que o aplicador deve recorrer para imprimir uma fundamentação que atenda aos legítimos anseios da segurança jurídica.

A fundamentação da decisão é também a defesa para a crítica ao “ativismo judicial”. Christine Oliveira observa que o ativismo é mais da Constituição do que dos magistrados. E de uma maneira geral, o ativismo constitucional se dá ou assim deve ser em todas as esferas de poder, seja o judiciário ou também o executivo e o legislativo. Trata-se de uma postura dada à prática de ações afirmativas para fazer valer as normas constitucionais:

Em resumo, sob a perspectiva ideológica, o ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais com efeitos irradiantes, dirigentes e horizontais para todos os âmbitos da vida jurídica, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar concretos os princípios jusfundamentais (SILVA, 2014, p. 3).

Como observa Paulo Lôbo, os juízes vêm lidando de forma razoável com os modelos abertos de interpretação, havendo inevitável preço a pagar na adaptação do direito a uma nova realidade social (2009a, p. 71). O ônus argumentativo das decisões será sempre inversamente proporcional à indeterminação do conteúdo da norma que se pretende aplicar.

Não é difícil perceber então que mesmo não sendo mencionada expressamente, foi a vulnerabilidade da contratante taxista o *leitmotiv*, o fio condutor da decisão que a libertou das amarras de um contrato e da dívida dele decorrente. A vulnerabilidade é em linhas gerais o farol que deve guiar o intérprete nas situações em que há desigualdade social e econômica, nos casos de superendividamento, quer sejam estes decididos judicial ou extrajudicialmente, seja na sua prevenção, seja no seu tratamento.

A propósito da solução extrajudicial do superendividamento, de grande utilidade são os métodos alternativos de resolução de conflitos. Estes foram bastante utilizados no pós-guerra pelos Estados Unidos. Em Havard obtiveram a sigla ADR, de *Alternative Dispute Resolution*. Na mesma Universidade, Frank Sander criou o conceito de sistema multiportas (*multi-door courthouse*) com o fim de demonstrar a necessidade de serem elaborados programas para a resolução de disputas dentro e fora dos tribunais, abrindo grande leque de alternativas para modelos de novos métodos com vistas a solucionar conflitos de qualquer ordem (ANDRADE, 2010, p. 31).

O Brasil hoje dispõe de diversos serviços de resolução de conflitos, muitos prestados pelo próprio Poder Judiciário, como no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, onde funcionam Câmaras de Mediação e Arbitragem. O Tribunal de Pernambuco também oferece serviços exclusivos para a solução de casos de superendividamento, utilizando-se de método difundido com pioneirismo e sucesso pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Muito do projeto de reforma do Código do Consumidor brasileiro, na parte que trata do superendividamento, tem sua inspiração no sistema francês. De fato, prevê o Projeto de Lei do Senado nº 283/2012 práticas de educação financeira, preservação do mínimo existencial – neste caso permitindo o comprometimento de no máximo 30% (trinta por cento) da renda do devedor –, a prestação de informações minuciosas e precisas por parte do fornecedor de crédito, com destaque para a outorga ao consumidor do direito de desistir da contratação, ainda que no caso específico dos contratos que impliquem em consignação em folha de pagamento. O procedimento previsto é de natureza judicial, ainda que estabelecido na forma consensual. Nele, como no modelo francês, é apresentado um plano de pagamento. O perdão da dívida não foi contemplado, embora exista sugestão do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) no sentido de adotá-lo nos casos em que o devedor não possua bens disponíveis ou renda que exceda o mínimo existencial, condicionada a remissão a exigências que devem ser cumpridas isolada ou cumulativamente, a critério do juiz, e nos casos em que o crédito tenha sido concedido de maneira irresponsável ou sem a observância dos deveres de informação e conselho pelo fornecedor.

A hipótese de perdão da dívida, como sanção ao fornecedor, quando o crédito for outorgado de forma irresponsável ou sem a observância dos deveres de informação e conselho a que está obrigado, é viável e não somente compatível mas absolutamente concorde com os fundamentos constitucionais do direito do consumidor. No caso de impossibilidade absoluta do devedor ao pagamento da dívida, ainda que se apresente como uma medida de cunho social apta a evitar inclusive a condução do consumidor ao isolamento, à exclusão social ou mesmo à marginalidade, sem falar em males como a depressão – que pode levar o devedor à medida extrema do suicídio – a implementação do perdão necessita de mudanças estruturais de ordem sócio-econômica. Necessária a promoção de políticas públicas para a educação para o consumo, que devem envolver o mercado e o poder público. Imprescindível o cumprimento do dever de informação por parte dos fornecedores de produtos e serviços, principalmente os de crédito, o que impõe novas práticas empresariais. Inevitável a regulamentação da

publicidade com a finalidade de evitar a indução ao consumo. É essencial a atuação de credor e devedor sob os auspícios da boa-fé.

No entanto, por obediência aos princípios que regem a matéria e aos comandos constitucionais que inserem no ordenamento a defesa do consumidor, o Estado não pode deixar de cumprir o múnus a si imposto, sendo sempre imperativa a proteção do consumidor, ainda que superendividado e sem condições de organizar um plano de pagamento. O número de famílias brasileiras com renda inferior a suas despesas correntes (alimentação, transporte e outros serviços) (IBGE, 2010), torna necessário um olhar diferenciado do poder público para essa categoria de superendividados, sempre na busca do equilíbrio entre as desigualdades da relação jurídica em face da vulnerabilidade do consumidor.

## CONCLUSÃO

Vinte anos são passados desde a criação da moeda que hoje é utilizada no Brasil. Após desastrosos planos econômicos que até hoje reverberam no Poder Judiciário e repercutem na vida de milhões de brasileiros, foi instituído em julho de 1994 o chamado “Plano Real”, que além da nova moeda trouxe longo período de estabilidade financeira, ameaçada em um outro momento de crise econômica.

Como é consabido, essa estabilidade obrigou os bancos a se utilizarem de novas práticas no mercado financeiro, considerando a diminuição de seu lucro em virtude do controle da inflação que em março de 1990 havia chegado ao patamar de 82% (oitenta e dois por cento) ao mês – algo inimaginável às novas gerações – alimentando uma especulação financeira sem precedentes, onde a circulação de papéis, a chamada ciranda financeira, tomava o lugar dos investimentos da iniciativa privada na indústria, na construção civil e em outras frentes, e também do poder público. O crédito ao consumidor até então era bastante registro e muito caro. Entretanto foi justamente no crédito ao consumidor que os bancos reinventaram suas fontes de lucro, dando início ao que chamam de “democratização do crédito”, na verdade a popularização desmedida do crédito.

Embora essa popularização tenha retirado boa parte dos brasileiros da linha de pobreza extrema e inserido milhões no mercado de consumo, aquecendo a economia do país, a oferta de crédito se deu sem maior controle por parte do Estado, acarretando no decorrer das últimas duas décadas o fenômeno econômico-social e jurídico que vem a ser o objeto da presente pesquisa, o superendividamento da população, que hoje se encontra em boa parte sem condições de saldar suas dívidas.

O superendividamento foi aprofundado neste trabalho sob a perspectiva do devedor. O foco da pesquisa foi a pessoa humana. Utilizando-se da metodologia civil constitucional, foi possível demonstrar que a vulnerabilidade, ontologicamente ligada à pessoa do devedor, ao tempo em que tem repercussão direta no superendividamento, tem sua origem no princípio da igualdade material ou substancial, que como se viu não se exaure na máxima formal de que todos são iguais perante a lei. Na verdade, a igualdade material procura equacionar com tratamentos díspares as desigualdades sociais e econômicas. E sem afastar a igualdade formal, grande conquista da humanidade, a igualdade substancial se harmoniza com a justiça social na busca do equilíbrio na relação entre a pessoa e os poderes

privados. A procura por esse equilíbrio implica no reconhecimento da debilidade de uma das partes de uma relação jurídica, ensejando tratamento protetivo aos sujeitos vulneráveis. A vulnerabilidade assim se destaca da igualdade material e assume autonomia como princípio de direito privado, mais especificamente de direito do consumidor, do qual é a própria razão de ser.

O estigma de devedor desvaloriza a pessoa, que se sente diminuída no meio social. O estímulo ao superendividamento, que como visto é de responsabilidade do próprio fornecedor e da indústria publicitária, além de uma prática moralmente condenável, vai de encontro aos valores erigidos a princípios constitucionais e que dão norte ao ordenamento jurídico, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Até mesmo em países onde a falência da pessoa física é um procedimento há muito praticado, a exemplo dos Estados Unidos, tal situação é considerada um terrível acontecimento na vida das famílias. Estudo realizado pela Universidade de Chicago demonstra que somente a morte de um filho pode ser considerada mais grave do que a falência do devedor.

Em um primeiro momento, o estudo se dedicou à contextualização da vulnerabilidade do consumidor no direito privado, apresentando sua relação com os princípios da liberdade e da igualdade, corolários da dignidade da pessoa humana, vetor máximo do sistema jurídico brasileiro. Nessa toada, apontou-se qual efetivamente foi a contribuição do conceito de vulnerabilidade para o direito privado. Tendo por foco a pessoa humana, o trabalho identificou quem é o contratante vulnerável, aprofundando-se no caminho percorrido pela figura do devedor no decorrer da história da humanidade, com destaque para o princípio do *favor debitoris*.

A seguir, a vulnerabilidade é atraída para a proteção do consumidor, sendo apresentada como princípio e analisada em sua tipologia e também frente aos princípios que têm por fim a concretização dessa proteção, que como foi visto tem *status* constitucional.

A contribuição da indústria publicitária e dos fornecedores de produtos e serviços para o superendividamento do consumidor é também abordada na sequência, servindo de base para o estudo da oferta, da publicidade, do contrato de crédito e do regime das cláusulas abusivas, importante fonte para a efetiva proteção do consumidor.

Prossegue a pesquisa então com uma profunda abordagem sobre o superendividamento do consumidor, demonstrando a necessidade de medidas regulativas para

uma proteção mais ampla, que abranja não só a pessoa do devedor mas a própria entidade familiar.

Ao final, visando encontrar meios para a efetiva proteção do consumidor, são apresentados os caminhos encontrados para o tratamento do superendividamento na experiência estrangeira, bem como alternativas para o ordenamento brasileiro.

E a primeira resposta a ser dada é ao questionamento feito na introdução deste trabalho sobre a possibilidade de solucionar as situações de superendividamento sob uma perspectiva unicamente patrimonial do crédito. Após a conclusão do estudo é possível verificar que a solução não pode ser encontrada em uma visão exclusivamente patrimonial do crédito. Não há como resolver questões sobre superendividamento sem que seja considerada a pessoa do devedor. O fenômeno da repersonalização, fruto do constitucionalismo contemporâneo, é que dá eficácia aos princípios constitucionais que servem de fundamento às normas protecionistas do Código de Defesa do Consumidor e de resto de toda a legislação de direito privado. Impossível a abstração da pessoa do devedor, não só por fazer parte da relação jurídica mas por ser princípio, meio e fim do projeto constitucional levado a efeito em 1988 e que com seus pilares vem dando sustentação ao funcionamento do sistema.

À guiza de conclusão, algumas considerações podem ser extraídas de tudo o que foi visto no presente trabalho, já demonstradas suas balizas, seus fundamentos e seu marco teórico:

I) O reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica marcou a passagem do Estado liberal para o Estado social e trouxe enorme contribuição para o direito privado. Aspecto subjetivo do princípio da igualdade material, a vulnerabilidade dele se destacou e adquiriu autonomia para assumir o protagonismo na relação de consumo e se transformar no princípio máximo do direito do consumidor, a que deve obediência o intérprete sempre que se deparar com uma relação travada entre um fornecedor de produtos e serviços e um consumidor.

II) O *favor debitoris*, princípio do direito das obrigações cujo percurso histórico se iniciou no direito romano para amainar a força implacável do crédito, teve importância fundamental para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. E a partir desse reconhecimento, é construído o sentido de tutela, que no Brasil tem sua expressão maior na

Constituição da República como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio estruturador da ordem econômica (art. 170, V).

III) A legislação infraconstitucional de proteção ao contratante vulnerável forma, em conjunto com as normas constitucionais, um sistema que tem nesse comando o vértice da construção de um direito a uma ação positiva do Estado na defesa e, por consequência, na proteção do consumidor. As fontes constitucionais dos institutos de direito privado devem então nortear as relações jurídicas entre os particulares, que serão ao final reguladas pelo Código Civil ou pela legislação civil especial ou pelos microsistemas de direito material privado como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, ou ainda pela interlocução entre todas essas fontes.

IV) O sistema normativo formado pela Constituição brasileira e a legislação infraconstitucional permite a compreensão da relação obrigacional como um processo que se desenvolve por meio de um conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor, o que contribui sobremaneira para a realização dos fins sociais ali reportados, revelando com clareza a função promocional do direito das obrigações.

V) O *favor debitoris*, a ideia do contratante vulnerável, e por certo a própria noção de vulnerabilidade jurídica, são elaborações que contribuíram para a construção da concepção atual do contrato, instrumento maior do tráfego jurídico. Os princípios contratuais clássicos, normas que refletiram o ideário do liberalismo econômico do final do século XVIII, consubstanciados na força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), na relatividade subjetiva ou eficácia das cláusulas somente em relação aos contratantes e na autonomia privada, se interligam aos princípios sociais da boa-fé objetiva, da equivalência material e da função social do contrato e deve o intérprete, em sua aplicação, procurar sempre harmonizá-los. Em caso de colisão, no entanto, devem prevalecer os princípios sociais, dada a opção do ordenamento constitucional brasileiro pela justiça social.

VI) No direito do consumidor, o princípio da vulnerabilidade é comando normativo que determina o reconhecimento da situação de debilidade em que se encontra um dos contratantes. Desse reconhecimento surge a premência pelo equilíbrio na relação jurídica e a necessidade de proteção do consumidor, o contratante vulnerável. Entretanto, a doutrina representativa do direito privado tradicional, de matiz conservadora, tem resistido a reconhecer o intervencionismo necessário à proteção do sujeito vulnerável da relação jurídica

travada entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. A vulnerabilidade é pressuposto da relação jurídica e do próprio direito do consumidor, que nela se baseia. É presunção absoluta que deve o intérprete adotar compulsoriamente ao identificar o consumidor entre as partes da relação. Não deve ser no entanto confundida com a hipossuficiência do consumidor, situação que ocorre quando, segundo as regras ordinárias de experiência, apresenta o contratante vulnerável dificuldades para produzir prova em seu favor, no processo civil (art. 6º, VIII, CDC). Sob a perspectiva jurídica, a vulnerabilidade é instituto de direito material e a hipossuficiência instituto de direito processual. No presente trabalho, como de resto na doutrina brasileira de uma forma geral, é utilizada como parâmetro para a classificação dos tipos de vulnerabilidade a que foi oferecida por Cláudia Lima Marques, que apresenta quatro tipos de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional.

VII) Há entre os consumidores alguns contratantes que se encontram em situação de vulnerabilidade acentuada, em virtude de condições físico-psíquicas que exigem uma proteção ainda mais rigorosa, como é o caso das crianças e adolescentes, dos portadores de deficiência e dos idosos. São consumidores que detêm uma espécie de vulnerabilidade qualificada, consumidores que estão em situação débil em função de características específicas, particularidades que os diferenciam dos consumidores em geral. Neste trabalho optou-se porém pela pesquisa de dados referentes ao público infanto-juvenil, dado o impacto de suas escolhas de consumo no superendividamento das famílias.

VIII) Percebe-se com absoluta clareza que a publicidade de uma forma geral e a publicidade dirigida à criança e ao adolescente de maneira específica têm grande repercussão no consumo das famílias e, por consequência, no endividamento das unidades familiares, sendo premente a intervenção do Estado no setor com a finalidade de fazer valer os princípios constitucionais que protegem a família, as crianças e adolescentes e, em última análise, o consumidor.

IX) Além dos princípios contratuais liberais e sociais e do princípio da vulnerabilidade, as relações jurídicas de consumo sofrem a incidência de outras normas não menos importantes, como o próprio princípio da defesa do consumidor explicitado no texto constitucional e o da informação, também fundamental para o direito do consumidor. Decorrente da boa-fé, o princípio da informação dela se destacou. No contrato, como também ocorre com a boa-fé, incide em todas as fases, da formação até após a extinção, com

relevância fundamental porém nas tratativas, mais precisamente na oferta, que é realizada em regra pela publicidade.

X) O fornecedor de produtos e serviços e os agentes publicitários, além da responsabilização pelos danos causados ao contratante vulnerável, têm para com os consumidores presentes e futuros uma responsabilidade ética por uma melhor qualidade de vida, que inclui a defesa e preservação do meio ambiente e o desestímulo ao consumo exacerbado e ao descarte de produtos por uma obsolescência praticamente programada, típica do tempo atual. O consumo deve ser consciente e sustentável para o equilíbrio do sistema econômico como um todo.

XI) O Código de Defesa do Consumidor criou uma nova noção de oferta e regulou a relação contratual já a partir das manifestações promovidas pelo fornecedor para atrair o consumidor aos seus produtos e serviços. O dever de informar foi ampliado assim como o correlato direito à informação. O conceito de oferta foi também ampliado para que as informações nela constantes passem a integrar o contrato a ser celebrado, após a aceitação do consumidor. A oferta publicitária é fonte de obrigação para o fornecedor.

XII) A publicidade, embora envolva conceitos, ideias e criação, não se confunde com a liberdade de expressão que garante o Estado democrático de direito. Só há publicidade no mercado de consumo e não há como dissociá-la do ambiente da ordem econômica. A liberdade de expressão prescrita no inciso IX do artigo 5º da CR, é caracterizada como liberdade de expressão política, não possuindo ligação direta com a ordem econômica.

XIII) O controle da publicidade no Brasil funciona em um sistema misto, no qual, além da autorregulamentação promovida pelo CONAR, dispõe o consumidor também da proteção do Estado. Um sistema de normas exclusivamente privado não é suficiente para impedir e reprimir as práticas comerciais abusivas. O controle autorregulamentar, ou seja, aquele exercido pelo próprio setor publicitário, se mostra incompatível com o sistema de proteção ao consumidor hoje vigente no Brasil.

XIV) Na oferta de produtos e serviços de crédito a informação é acrescida de requisitos específicos e imprescindíveis ao conhecimento pelo consumidor acerca do contrato que irá celebrar. Tais requisitos constam do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor.

XV) A facilidade na obtenção do crédito aliada ao apelo publicitário tem se mostrado a maior contribuição dos fornecedores de produtos e serviços de crédito para o superendividamento do consumidor. Os anúncios publicitários que têm por finalidade a oferta de crédito devem sofrer as restrições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição da República.

XVI) A nulidade da cláusula contratual abusiva é uma consequência da própria vocação protetiva do CDC, é uma sanção que decorre da ordem pública de proteção do consumidor, que tem *status* constitucional.

XVII) As regras e princípios que compõem o sistema constitucional brasileiro levam ao caminho interpretativo de que as taxas de juros no país devem ser limitadas, evitando-se assim estipulações usurárias.

XVIII) Somente a pessoa física pode caracterizar o consumidor superendividado e nessa qualidade obter a proteção da lei. Ao endividamento da pessoa jurídica, o ordenamento jurídico há muito já oferece uma solução.

XIX) Ultrapassando a discussão sobre superendividamento ativo e passivo, o presente trabalho defende a existência de somente dois tipos de consumidores superendividados: os que contratam imbuídos de boa-fé e os que pactuam de má-fé. É a boa-fé o elemento que define o tratamento a ser dado ao consumidor.

XX) Diferentemente do consumo compulsivo como distúrbio psicológico e também daquele que é fruto de enfermidade psiquiátrica como o transtorno bipolar, a prodigalidade não constitui necessariamente causa incapacitante. Não há sentido na privação da capacidade jurídica de uma pessoa que se desfaz de seu patrimônio. O que se amealhou durante uma vida pode ser utilizado da maneira que aprouver a seu titular não podendo o instituto da prodigalidade ser utilizado como instrumento de garantia da herança.

XXI) A concepção da entidade familiar como unidade econômica e geradora de direitos e deveres assume relevante importância na sociedade de consumo de um modo geral e nas situações de superendividamento de uma maneira especial, tanto no ato de consumir e no momento de contrair a dívida, quanto na prevenção e no tratamento do fenômeno.

XXII) Mesmo não existindo legislação específica para regulamentação da publicidade dirigida ao público infante-juvenil no Brasil, uma interpretação sistêmica das normas que têm por fim a proteção da criança, do adolescente, da família e do consumidor, é suficiente para estabelecer os limites à atividade publicitária voltada a esse público.

XXIII) O Código de Defesa do Consumidor mantém-se atual pelo seu texto inovador e vanguardista e por seus fundamentos constitucionais. Construído sobre base constitucional, é na lei maior que se situam os fundamentos de validade dos comandos contidos no CDC.

XXIV) O modelo de execução coletiva – Execução contra Devedor Insolvente – dos artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil, não se mostrou suficiente para alcançar a maioria dos consumidores endividados, hoje uma realidade que atinge todas as classes sociais. O procedimento privilegia apenas o devedor que possui bens, situação que não corresponde à realidade da maioria dos endividados que contraem dívidas para adquirir vestuário, utensílios do lar, aparelhos eletrônicos e não poucas vezes para obtenção de gêneros alimentícios.

XXV) O superendividamento está intrinsecamente ligado ao consumo. Surge na Europa e nos Estados Unidos do pós-guerra sem atingir números tão expressivos de devedores. Com a maturidade de suas economias a partir da década de 70 do século passado se torna uma preocupação, motivo de surgirem diversas legislações para a regulamentação do instituto, apesar de existir no ordenamento norte-americano lei de falência da pessoa física desde o século IX. A última crise econômica mundial iniciada em 2008 atingiu sobremaneira essas economias, principalmente a dos Estados Unidos, onde a crise teve início, com duas particularidades: se deu por falta de controle ou intervenção do Estado na economia, que é uma opção extremamente criticada pelas economias liberais como a desse país, e se desenvolveu em função do endividamento da população decorrente de especulação financeira no mercado imobiliário. No Brasil o superendividamento inicia o seu desenvolvimento a partir da estabilidade financeira trazida pela instituição de novo modelo econômico em 1994, com a criação da nova moeda, quando a oferta de crédito à pessoa física aumentou exponencialmente, chegando a ultrapassar em 2000 os empréstimos às pessoas jurídicas.

XXVI) O superendividamento no Brasil, porém, não é apenas a consequência de uma opção político-econômica dos governos para o incremento de suas economias. É

também decorrência da maneira como o ordenamento jurídico tratou no curso da história a dívida e a pessoa do devedor, a relação jurídica entre credor e devedor, as transformações por que passaram as relações de crédito.

XXVII) A experiência estrangeira do superendividamento vem mostrando certa tendência para a aproximação dos procedimentos, como ocorreu com os dois sistemas mais avançados na solução desse problema, que são os modelos norte-americanos e francês. Anteriormente as previsões normativas dos dois países eram antagônicas. Porém na busca por equilíbrio entre a segurança jurídica e o acesso à massa de consumidores que se apresentam em tal situação de endividamento, ambas foram se aproximando ao longo do tempo, em especial após o início da última crise econômica mundial.

XXVIII) Não se pode falar em um modelo único para a regulamentação do tratamento do superendividamento. Sob qualquer perspectiva e condição nas quais se der a solução da crise de superendividamento, deverá ocorrer uma extinção plúrima das obrigações do superendividado, o que também contribuirá com a solução de um sem número de conflitos já ajuizados ou que provavelmente seriam judicializados, abarrotando o sistema – não mais as prateleiras – do Poder Judiciário. Ainda que haja um procedimento específico para dirimir as demandas dos credores em razão do superendividamento, há que se colocar ao dispor do sujeito superendividado várias possibilidades de enfrentamento da questão.

O contratante vulnerável é a pessoa a quem o presente trabalho se voltou e o que fica claro ao final, além da manifesta repercussão da vulnerabilidade nas situações de superendividamento, é que existe no ordenamento jurídico brasileiro normas suficientes para prevenir e tratar esse fenômeno. A preocupação com a edição de lei para regular a matéria se justifica pela dificuldade que o aplicador do direito no Brasil tem em decidir através de princípios dada larga tradição e mesmo apego à decisão por regras. A partir da pessoa do contratante vulnerável é que deve ser analisada a relação obrigacional de cunho patrimonial com vistas à proposta de caminhos para a solução da situação de superendividamento e sua prevenção. Esses caminhos não devem ficar adstritos a procedimentos complexos mas se apresentarem nas mais diversas modalidades, utilizando-se se for o caso, dos meios alternativos de resolução de conflitos e do poder geral de cautela do juiz. Serviços administrativos oferecidos pelos Municípios parecem uma solução viável e abrangente, dada a maior proximidade entre os cidadãos e suas Prefeituras e a compreensão, por parte de seus agentes, das peculiaridades de cada microrregião do Brasil continental. A maior contribuição

para a prevenção do superendividamento, no entanto, é a educação para o consumo, que deve estar contida nos currículos escolares desde o ensino fundamental. O cumprimento do estatuído no Código de Defesa do Consumidor é suficiente para prevenir e remediar esse que se aponta como um dos mais graves problemas sociais da atualidade, com óbvias repercussões na seara jurídica.

## REFERÊNCIAS

AC NIELSEN, 2011. Disponível em [http://acnielsen.com.br/news/Consumo\\_Infantil\\_nov2011.shtml](http://acnielsen.com.br/news/Consumo_Infantil_nov2011.shtml). Acesso em 19.04.2014.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 2, 2001, p. 83-100.

ALVES, José Carlos Moreira. As normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – do direito romano ao direito latino-americano. **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, vol. 92, set., 1991.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a, p. 11-19.

\_\_\_\_\_. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b, p. 22-38.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Mediação familiar: princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2010, p. 31.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados** (Das raízes aos fundamentos contemporâneos). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BACEN – Banco Central do Brasil. **Relatório de inclusão financeira nº 2**. Brasília: BCB, 2011. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2011.pdf>. Acesso em 20.09.2014.

\_\_\_\_\_. **Relatório de estabilidade financeira**. Brasília: BCB, 2014. Disponível em [http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2014\\_03/refC2P.pdf](http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2014_03/refC2P.pdf). Acesso em 11.10.2014.

BANCO ITAÚ S.A. Disponível em: <http://www.itaubr.com.br/creditos-financiamentos/credito>. Acesso em 10.10.2014.

BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. La Struttura. Vol.I. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1946.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 224, abr./jun. 2001, p. 31-50.

BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 211-229.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 9, jan./mar., 1994, p. 25-57.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 37, jan./mar., 2001.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: desafios à frente. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 41, jan./mar., 2002, p. 30-38.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402-420.

CALAIS-AULOY, Jean. **Code de la consommation**. Annotations de jurisprudence et bibliographie. Paris: Dalloz, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPENA, Heloisa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 310-344.

\_\_\_\_\_. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, n. 19, jul./set., 2004, p. 29-48.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 41, jan./mar., 2002, p. 253-262.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2007.

CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005b.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Consultoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, n. 14, v. 6, 1976, p. 81-105.

CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em [www.conar.org.br](http://www.conar.org.br). Acesso em 19.04.2014.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: RT, 2002.

DELGADO, José Augusto. Constitucionalidade da mediação. In: **Cadernos do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: CEJ, n. 22, 2003. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo01.pdf>. Acesso em 05.09.2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: RT, 2010.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

EDUCAR PARA CRESCER. <http://educarparacrescer.abril.com.br/zigzigzaa/materias/crianca-e-televisao.shtml>. Acesso em 18.04.2014.

EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil**. LINDB e parte geral. Salvador: Podivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da função pública ao espaço privado: os aspectos da “privatização” da família no projeto do Estado mínimo**. Revista Archè. Rio de Janeiro: Archè, n. 24, a. VIII, 1999, p. 24-39.

\_\_\_\_\_. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-17.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 85, jan./fev., 2013, p. 15-24.

FECOMÉRCIO-SP. Disponível em [www.novoportalfecomercio.hospedagemdesites.ws/CMS-Site/Files/Uploads/5/2014-12-10/RADIOGRAFIA%20DO%20CREDITO%20E%20D0%20ENDIVIDAMENTO%20DAS%20.pdf](http://www.novoportalfecomercio.hospedagemdesites.ws/CMS-Site/Files/Uploads/5/2014-12-10/RADIOGRAFIA%20DO%20CREDITO%20E%20D0%20ENDIVIDAMENTO%20DAS%20.pdf). Acesso em 19.01.2015.

FERNANDÉZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España e Portugal. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, vol. III, n. 10, junho, 2013, p. 125-152.

FERREGUETT, Cristhiane. **Criança e propaganda**. Os artificios linguísticos e imagéticos utilizados pela publicidade. São Paulo: Baraúna, 2009.

FINANZTIP. **Ombudsmann – Schlichter – Schlichtungstelle**. Disponível em [www.finanztip.de/ombudsmann/#ixzz3LGFwPMSK](http://www.finanztip.de/ombudsmann/#ixzz3LGFwPMSK). Acesso em 07.12.2014.

FORBES. Disponível em [www.forbes.com/sites/andersonatunes/2012/10/19/brazilian-telenovela-make-billions-by-mirroring-its-viewers-lives](http://www.forbes.com/sites/andersonatunes/2012/10/19/brazilian-telenovela-make-billions-by-mirroring-its-viewers-lives). Acesso em 11.08.2014.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; ENGELMANN, Wilson. Superendividamento e dignidade: um enfoque hermenêutico do instrumental técnico de exacerbação do hiperconsumismo na sociedade contemporânea à luz do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 88, jul./ago., 2013, p. 259-290.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado**. Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Código Comercial**, Código Civil (excertos), Código de Processo Civil, Constituição Federal, normas do mercado de crédito e valores mobiliários, legislação selecionada. São Paulo: RT, 2014.

FROTA, Mário. **Publicidade infanto-juvenil**. Perversões e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2007.

FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 10, abr./jun., 1994, p. 7-20.

FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina. **Diritto e pubblicità**. Milano: Lupetti, 2006.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus, 2008.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

GOMES, Orlando. A política legislativa de proteção ao consumidor. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: RT, n. 52, abr./jun., 1990, p. 115-122.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2002.

HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores privados e não profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no direito alemão. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 72, out./dez., 2009, p. 262-281.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IBGE <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2012/>. Acesso em 07.07.2014.

\_\_\_\_\_. <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>. Acesso em 19.04.2014

IBOPE. (<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/criancas-brasileiras-sao-as-que-ficam-mais-tempo-conectadas-a-internet.aspx>) Acesso em 18.04.2014

IBOPE. (<http://www4.ibope.com.br/giroibope/consumo.html>) Acesso em 18.04.2014

INFOLEG. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>. Acesso em 12.04.2014

IPEA, [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2514:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2514:catid=28&Itemid=23). Acesso em 7 de julho de 2014.

ITAMARATY. <http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/agrupamento-brics>. Acesso em 12.05.2014.

JAEGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. São Paulo: Atlas, 2012.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 759, jan., 1999, p. 24-37.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado**. Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 66-104.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de marketing**. São Paulo: Prentice Hall, 2007.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**. Parte general. Jaén: Edersa, 1978.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção**. São Paulo: Manole, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do advogado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/663>>. Acesso em 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 37, 2001, p. 59-76.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n. 12, jan./mar., 2002a, p. 40-55.

\_\_\_\_\_. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002b. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em 8 out. 2012.

\_\_\_\_\_. A repersonalização das relações de família. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul., 2004, p. 136-156.

\_\_\_\_\_. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 12, out./nov., 2009b, p. 5-22.

\_\_\_\_\_. **Direito civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito civil. Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011b.

\_\_\_\_\_. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3749, 6 out. 2013. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25358>>. Acesso em 16 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). **Direito civil constitucional**. A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 19-27.

LÓPEZ, Vicente Gozalo. El sobreendeudamiento y la protección de los consumidores en el concurso de acreedores en España: una regulación fallida. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 69, jan./mar., 2009, p. 141-159.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tratado de los contratos**. Parte general. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. **Consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor**. São Paulo: Edipro, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINIS, Giovanni Berti de. Il “credito al consumo”. **Rassegna di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, n. 2, 2010, p. 626 a 631.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_; Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de direito consumidor**. São Paulo: RT, n. 10, abr./jun., 1994, p. 7-22.

\_\_\_\_\_; WEHNER, Ulrich. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor – Renasce o “direito civil geral e social?”. **Revista de direito consumidor**. São Paulo: RT, n. 37, jan./mar., 2001, p. 271- 277.

\_\_\_\_\_; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012a.

\_\_\_\_\_; O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012b, p. 17-66.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BF1C4>

D834-DF5-413D-9A57-DBD3D16F250C%7D&ServiceInstUID=% 7B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%7D. Acesso em 21.01.2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral Tomo IV. São Paulo: RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs). **Doutrinas essenciais**. Direito do consumidor. São Paulo: RT, Vol. I, 2011, p. 133-159.

\_\_\_\_\_. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de direito consumidor**. São Paulo: RT, n. 81, jan./mar., 2012, p. 39-87.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOTA, Maurício Jorge Pereira de. A proteção do devedor decorrente do *favor debitoris* como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, n° 9, dez., 2006, p. 291-377.

NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, n. 42, abr./jun., 2010, p. 131-148.

NERY JÚNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de direito consumidor**. São Paulo: RT, n. 15, jul./set., 1995, p. 210-214.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 76, out./dez., 2010, p. 13-45.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, João Otávio de; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Disposições gerais. Arts. 5° e 6°. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coords.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES JUNIOR, Vida Serrano. **Publicidade comercial**. Proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa judicial do consumidor bancário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2014.

ONS, Sílvia. Violência y consumismo. In: MACHADO, Ondina Maria Rodrigues; DERENZESKY, Ernesto (Orgs.). **A violência: sintoma social da época**. Belo Horizonte: Scriptum Livros, 2013, p. 143-151.

PAISANT, Gilles. El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores en Francia. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 89, set./out., 2013, p. 13-27.

PARENTE, Ferdinando. Sovraindebitamento familiare e legittimazione alla proposta di ristrutturazione. **Rassegna di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, n. 3, 2013, p. 727 a 737.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas essenciais**. Direito do consumidor. São Paulo: RT, Vol. I, 2011, p. 63-73.

\_\_\_\_\_. Publicidade de tabaco e liberdade de expressão. In: **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, nº 82, abr./jun., 2012, p. 11-59.

PELLECCHIA, Enza. **Dall'insolvenza al sovraindebitamento**. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reforma do direito civil. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: RT, n. 58, out./dez., 1991, p. 7-26.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006, p. 158-190.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. O significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2008.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Da política nacional de relações de consumo. In: MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. São Paulo: RT, 2011.

PORTAL DA PROPAGANDA. <http://www.portaldapropaganda.com.br/portal/propaganda/27666-nickelodeon-apresenta-pesquisa-o-poder-de-influencia-da-crianca-nas-decisoes-de-compra-da-familia>. Acesso em 18.04.2014.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. **Revista de direito consumidor**. São Paulo: RT, n. especial, 1992, p. 26-51.

\_\_\_\_\_. Comparative consumer bankruptcy. **Illinois Law review**. Illinois: University of Illinois College of Law, 2007 (1), p. 241-274.

RUY, Fernando Estevam Bravin. **Direito econômico financeiro**. Crédito e investimento. Curitiba: Juruá, 2014.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s)**. Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 294-341.

SCHIMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 71, jul./set., 2009, p. 9-33.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 70, abr./jun., 2009.

SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.) **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013b.

SENADO DA REPÚBLICA. Projeto de Lei nº 166/2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/152304.pdf>. Acesso em 25.09.2014.

SILVA, Ana Maria Dias da; VASCONCELOS, Luciene Ricciotti. **A criança e o marketing**. Informações fundamentais para proteger as crianças dos apelos do marketing infantil. São Paulo: Summus, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de direitos fundamentais. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatório-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitosfundamentais?> Acesso em 23.01.2015.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, Virgílio Afonso. **Parecer para a Aliança de Controle do Tabagismo**. Disponível em [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf). Acesso em 06.01.2014

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Considerações a respeito do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: RT, n. 58, out./dez., 1991, 99-115.

STIGLITZ, Gabriel. Modificaciones a la ley argentina de defensa del consumidor y su influencia en el Mercosur. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n.29, jan./mar., 1999, p. 9-20.

SULLIVAN, Teresa A.; WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. Less stigma or more financial distress: an empirical analysis of the extraordinary increase in bankruptcy

filings. **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University, vol. 59, n.2, nov. 2006, p. 214-242.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **HC 12547-DF**. j. 01.06.2000. Brasília: RSTJ, vol. 148, p. 387. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 15.07.2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs). **Doutrinas essenciais**. Direito do consumidor. São Paulo: RT, Vol. I, 2011, p. 389-421.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**. Execução por quantia certa contra devedor insolvente. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 2009.

USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 233-277.

VEBLEN, Thorstein. **Conspicuous consumption**. London: Penguin Books, 2005

VILAR, Norminanda Montoya. **La influencia de la publicidad audiovisual en los niños: estudios y métodos de investigación**. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2007.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil alemão**. Direito das obrigações. Parte geral. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.