

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DOS CONTRATOS E OS
PROBLEMAS DO SUPERENDIVIDAMENTO

RAÍSSA FONSECA ALVES

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

RAÍSSA FONSECA ALVES

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DOS CONTRATOS E OS
PROBLEMAS DO SUPERENDIVIDAMENTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Assistente Juliana de Souza Gomes Lage.

Rio de janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

RAÍSSA FONSECA ALVES

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DOS CONTRATOS E OS
PROBLEMAS DO SUPERENDIVIDAMENTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Assistente Juliana de Souza Gomes Lage.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

RESUMO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar o problema gerado pelo fenômeno do superendividamento na sociedade atual e os efeitos de instituto para o consumidor e os reflexos para a atividade empresária. Por meio do modelo econômico escolhido pelo Brasil, criou uma facilidade de acesso ao crédito e o consumidor teve uma ampliação considerável do seu poder de compra. A ausência de óbices para aquisição do crédito fez com que houvesse um desequilíbrio no exercício do consumo de produtos e serviços pelo consumidor. A circunstância que possibilitou a facilidade de aquisição do crédito fez com que o inadimplemento aumentasse consideravelmente, pois ao não haver um planejamento adequado das finanças pessoais e familiares o consumidor incorre em um risco de não conseguirem arcar com as contas essenciais, incorrendo em vulnerabilidade econômica e social, que fere diretamente a dignidade da pessoa humana.

PALAVRA CHAVE: Superendividamento. Autonomia privada. Relações contratuais.

ABSTRACT:

This Project focuses on study the problem of consumer overindebtedness phenomenon in the modern society and the effects of institute for the consumer and the reflections for the business activity. The economic model chosen by Brazil, created a facility for access to credit and the consumer had a considerable increase in their purchasing power. The absence of obstacles to credit purchase made there was an unequal in the consumption of products and services by the consumer. The circumstance that facilitated the acquisition of credit made the default increased considerably. Because in the absence of personal and family planning, the consumer incurs a risk of not being able to afford the essential accounts, incurring economic and social vulnerability, which directly injures the dignity of the human person.

Keywords: Consumers overindebtedness. Private autonomy. Contractual relations.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PRINCÍPIOS DA TEORIA CONTRATUAL	10
2.1 Princípio da Autonomia da vontade e a força vinculante das convenções.	10
2.2 Princípio da Autonomia Privada e as relações de consumo.	17
2.3 Princípio da Vulnerabilidade.	22
2.3.1 Espécies de Vulnerabilidade	25
2.4 Princípio da Boa-fé objetiva	27
2.5 Princípio da Função Social do Contrato	32
3. MODELOS DE REVISÃO E EXTINÇÃO CONTRATUAIS	35
3.1 Novação	35
3.1.1 Preceitos e formalidades para a configuração de uma <i>novatio</i>	37
3.2 Nulidades	38
3.2.1 Relativas	39
3.2.2 Absolutas	40
4. O INSTITUTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E SEUS IMPASSES	41
4.1 Breve apanhado histórico do fenômeno do Superendividamento.	41
4.2 Aspectos do superendividamento: conceito e abrangência.	43
4.3 A tutela jurídica do consumidor no ordenamento brasileiro.	45
4.4 Aplicação do Código de Direito do Consumidor ao superendividamento.	47
4.5 Superendividamento passivo e ativo.	50
4.6 O crescimento do crédito no Brasil.	52
4.7 O descumprimento obrigacional e o fenômeno do Superendividamento	55
4.8 Superendividamento na área empresarial	56
4.9 A proposta do anteprojeto de reforma do CDC no Brasil.	59
4.10 Dos aspectos jurisprudenciais	63
5. CONCLUSÃO	64
6. BIBLIOGRAFIA	65

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a ocorrência do fenômeno do superendividamento tem trazido problemas para as relações contratuais entre consumidor e fornecedor. Essa espécie de fenômeno tem interferido tanto na gestão da renda do indivíduo consumidor quanto no exercício da atividade empresária. Uma vez que a prática de um consumo exagerado e os diversos malefícios trazidos por tal conduta se tornaram corriqueiros, consequentemente essas situações acabam por afetar a economia e a sociedade de modo geral.

É evidente que o fenômeno de consumo se tornou uma prática que está muito além de uma forma de suprir as necessidades básicas, visto que em grande parte os consumidores adquirem bens que não se apresentam necessariamente como essenciais ou artigos de primeira necessidade, com intenção de ascenderem socialmente. Entre as diversas razões que favorecem o aumento do consumo de bens e serviços dispensáveis as necessidades primordiais está o crescimento da publicidade presente nos veículos midiáticos, que trabalhando de maneira ostensiva conduz os indivíduos ao consumo desvairado.

Devido a ampliação do consumo em excesso, através da facilidade criada na aquisição do crédito e no uso descontrolado desse instrumento, os sujeitos, que se encontram na posição de consumidores da relação, passaram a padecer das circunstâncias do fenômeno do superendividamento, que tem sua gênese no instante em que o indivíduo que consome bens ou serviços adquire dívidas em sequência de modo que as finanças do consumidor ficam comprometidas, ocasionando, por fim, a inadimplência.

O fenômeno em riste não é algo recente, contudo, com o crescimento do consumo na sociedade contemporânea o instituto do superendividamento passou a ter vigor após a criação do Plano Real no ano de 1995, já que durante esse período da década de 90 surgiu a democratização do crédito. Desse modo, os consumidores passaram a realizar acordos com bancos e instituições financeiras em geral com o intuito de adquirir bens e serviços que estão além do necessário, para a aquisição de produtos supérfluos e assim saciar seus desejos.

O crédito oferecido ao consumidor pelas instituições financeiras serve para aumentar o poder de consumo desses indivíduos, que são dotados de proventos consideráveis para cumprir com a obrigação no instante em que surge o desejo de adquirir determinado bem ou serviço. Consequente a oferta de crédito, os consumidores passaram a utilizá-lo de maneira descontrolada, tal circunstância ocasionou o comprometimento da renda pessoal e familiar de uma parcela considerável desses consumidores, o que por fim gerou um efeito em cadeia.

O fenômeno por si só não é uma circunstância particular do consumidor que se encontra superendividado, mas inclui o conjunto social como um todo, visto que atinge as empresas, a economia e a sociedade como um todo.

Na última década houve um crescimento da quantidade de oferta de crédito, mormente nas classes C e D. A mencionada eclosão creditícia ocasionou um acesso a serviços e bens antes não disponíveis. E em contrapartida as facilidades de crédito, que nem sempre apresentam de forma clara e concisa as informações importantes ao consumidor, ocasionam a aquisição de dívidas que não poderão ser adimplidas.

Não obstante, tal fenômeno não se apresenta de maneira exclusiva no Brasil, sendo ele uma conjuntura inerente a sociedade de consumo em que vivemos, as circunstâncias apresentam muitos óbices a solução do problema. Países como Canadá, França e Estados Unidos dispõem de mecanismos e instrumentos jurídicos profícuos para a solução e enfrentamento da contenda do superendividamento. O evento supradito tende se acentuar quando se trata de consumidor hipervulnerável, em virtude disso faz-se imprescindível sua guarita.

A temática do superendividamento pode ser entendida de dois modos. Em princípio essa conjuntura pode vir a ocorrer quando um indivíduo vive em patamares acima do que permite a sua renda, não sabendo lidar de maneira adequada com suas economias tende a endividar-se, ou seja, não sabendo lidar com estimativas de custo de um serviço ou de bens acaba por ocasionar o endividamento exacerbado, que é denominado superendividamento ativo. A segunda situação de superendividamento é definida quando por razões supervenientes e decorrentes de vicissitudes da vida, como, por exemplo, doenças, divórcio, desemprego e fragilidade das relações de trabalho que levam ao indivíduo a se endividar em grande profusão. Essa hipótese é determinada pela doutrina consumerista como superendividamento passivo.

O Principal fator do crescimento do superendividamento está íntima e diretamente ligado a onda de crédito fácil. A facilidade de acesso ao crédito aliado a uma publicidade agressiva das instituições econômicas, oriundas da sociedade de Marketing e de consumo de massa na qual estamos inseridos, faz com que os indivíduos dificilmente racionalizem sobre o que consomem, desse modo as pessoas são compelidas a mercar e obter bens e serviços.

Frente a essa realidade faz-se necessário o enfrentamento dessa questão de maneira profícua, para que seja oferecido o devido resguardo a parte mais frágil da relação de consumo, tanto no campo do Direito consumerista quanto nas políticas de governo para regulação de consumo. O problema do superendividamento vem a atingir principalmente a parte mais vulnerável da sociedade, isto é, a população das camadas mais pobres, que terminam por padecer em decorrência de um comportamento predatório das empresas creditícias e instituições financeiras no oferecimento de crédito fácil.

Muito embora o Mercado apresente-se como um local para amplo desenvolvimento econômico há que se perceber que a sociedade não poderá e nem deverá ser reduzida a uma lógica de lucro, que por efeito viria a arrefecer os valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, mercantilizando assim a miséria humana.

Faz-se evidente que a vítima do superendividamento não raro em decorrência dessa circunstância padece de exclusão social, que ocasiona um decréscimo no padrão e na dignidade de vida do devedor e daqueles que o cercam e lhe são dependentes. A mencionada situação tende a agravar-se quando diante da onda de oferta de crédito. Desse modo o estudo do superendividamento permite que seja feita uma inclusão do consumidor hipervulnerável.

Na primeira parte desse trabalho serão estudados os Princípios da Teoria contratual. Passando primeiramente pela compreensão do instituto da autonomia privada, sendo feita uma distinção entre a autonomia privada e autonomia da vontade. Será feita a abordagem também dos Princípios da Boa-fé objetiva e da função social do contrato, que vieram no intuito de resguardar o equilíbrio das relações contratuais e valorando a dignidade humana. Também será feita análise acerca do princípio da vulnerabilidade e de como isso influi nas relações de consumo.

No segundo capítulo será disposto sobre algumas espécies de extinção e revisão dos contratos, que são os institutos da Novação e da Nulidade, seja ela absoluta ou relativa.

Na terceira parte será feita a análise do fenômeno do Superendividamento de modo mais aprofundado, procurando alcançar o fundamento desse problema.

2. PRINCÍPIOS DA TEORIA CONTRATUAL

2.1 Princípio da Autonomia da vontade e a força vinculante das convenções.

O princípio da Autonomia da vontade é, historicamente, um conceito basilar do Direito Privado. Em conformidade com o conceito apresentado pelas doutrinas, o princípio da autonomia considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. Compreende-se o termo vontade como o ato de querer ou a capacidade de escolher praticar ou não certos atos.¹

O conceito de Autonomia pode ser entendido como a prerrogativa para decidir de maneira livre sem influências externas, é a capacidade de se autodeterminar livre de qualquer fator exógeno, é a liberdade do homem por meio da auto reflexão.²

A vontade humana é o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual, e não a autoridade da lei que é apenas um limite. Sendo assim é na vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas e limitar-se a posição supletiva.³

O Código Napoleônico trouxe em seu conteúdo o máximo entendimento sobre o instituto da autonomia da vontade. A liberdade humana foi considerada tão irrestrita que o acordo de vontades chegou a ser comparado à lei.⁴

Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo ao princípio do consensualismo. Os sistemas do direito positivo conseguiram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha

¹ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade ou autonomia privada? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos38318>> Acesso em: 11 ago. 2018.

² SANTOS, Antônio Jeová. Função Social do Contrato, 2ª ed. São Paulo: Editora Método. 2004, p. 32.

³ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 81

⁴ SANTOS, Antônio Jeová. Função Social do Contrato, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 32.

parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos deverão ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão de acordo de vontade das partes, tem igual força cogente.⁵

O princípio do consensualismo predominou em todo o Século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades.⁶

No que tange as consequências jurídicas, o fenômeno da autonomia da vontade apresenta alguns tipos importantes, como, por exemplo, a necessidade de o Direito resguardar e possibilitar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, e dessa atuação do Direito surge a teoria dos vícios do consentimento.

Acima de tudo, o princípio da autonomia da vontade exige que exista pelo menos abstratamente a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. Esse é o denominado dogma da liberdade contratual.⁷

Conforme Antônio Jeová Santos apresenta⁸:

“O contrato é uma das bases da liberdade natural. Esse é o contexto em que o pensamento liberal marcou a contratação. Como manifestação da vontade humana, o contrato prende, liga, ata e tem valor absoluto. As mudanças econômicas exigem que o contrato mantenha sua força obrigatória, sem abrir mão da autoridade que o contrato exerce entre os homens”

A liberdade contratual tem por fundamento e objetivo maior a ideia de que o término contratual deverá ser inteiramente livre para as partes contratantes. São as partes negociante que devem definir e negociar, que devem estipular ou não uma relação contratual, em uma atribuição própria de apreciação e apuramento, determinando se poderá ou não ser concluído com essa ou aquela contraparte. Ademais a escolha era feita com a mais irrestrita autonomia no teor contratual, convencionando ou não os valores em cláusulas.⁹

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume III Contratos. 17ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense. 2013. p. 17

⁶ Id. Ibid.

⁷ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade ou autonomia privada? Revista Jus Navigandi, 21 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38318>. Acesso em: 11 ago. 2018.

⁸ SANTOS, Antônio Jeová. Função Social do Contrato, 2ª ed. São Paulo: Editora Método. 2004, p. 33.

⁹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 36

Nessa esteira Caio Mário afirma:

“O Princípio da consensualismo predominou em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipótese de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *tradio* da coisa e a observância de formalidades.”¹⁰

O instituto da autonomia da vontade se divide em subprincípios, como o princípio da liberdade contratual, o princípio da força obrigatória das convenções e o princípio da relatividade dos contratos.¹¹

Durante o século XIX foi estabelecido um cerceamento, uma limitação negativa para o exercício de contratação, uma simples proibição, que determinavam fronteiras em que as partes poderiam atuar com liberdade para negociar podendo expandir-se sem restrição ou controle: não inserindo no teor do contrato certas cláusulas ou não estabelecendo determinados contratos.¹²

A liberdade contratual não poderia se submeter a vínculos positivos, como no caso de previsões impostas, a estipulação de um determinado contrato, ou a estipulação com um indivíduo certo, ou por um determinado preço ou em determinadas condições, sendo que os poderes públicos – legislador e tribunais – não deveriam interferir, em qualquer caso, na liberdade de escolha dos negociantes privados.¹³

O instituto da autonomia da vontade vinculava-se rigorosamente ao conceito de vontade livre, direcionada e exercida pelas partes contratuais sem o influxo e a atuação sem imposições externas.¹⁴ Portanto, o nexa da liberdade contratual (responsabilidade contratual, ou dito de outra maneira utilidade-risco)¹⁵ significa a manumissão e autonomia para estabelecer ou não uma relação negocial, é a faculdade para escolher uma parceria contratual fixando o conteúdo contratual e os limites das obrigações que a parte e a

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume III Contratos. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2013. p. 18

¹¹ FIUZA, César; Coutinho, Sérgio Mendes Botrel. A intervenção do estado e a autonomia da vontade. Acesso em: 18 de out. 2018.

¹² ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. P.32

¹³ Id. Ibid.

¹⁴ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. P.128

¹⁵ Id. Ibid.

contraparte de modo consensual irão assumir, além disso é a liberdade de expressar sua volição e arbítrio assim como desejar, sempre sob a égide do Direito.¹⁶

O objetivo deste trabalho é sobrelevar os reflexos tanto da autonomia da vontade quanto da força vinculante dos contratos que estiveram presentes na Teoria contratual tradicional, desse modo temos alguns dogmas, como, por exemplo o princípio da liberdade de forma das convenções, a livre estipulação de cláusulas e a faculdade de gerar novos tipos contratuais, não especificados nos Códigos¹⁷.

O dogma da liberdade contratual somente encontra óbice dentro da Teoria do Direito quando se vê diante de normas cogentes formuladas por lei. As normas imperativas, que não são muito comuns, funcionam como instrumento de proteção das partes contratuais, tem-se como exemplo as normas que tratam da capacidade. As regras se delimitam a oferecer mecanismos para o correto entendimento da volição dos indivíduos contratantes, essas regras supletivas oferecem as partes a possibilidade de não regularem por si mesmos determinados aspectos contratuais caso não desejem, um exemplo disso é a discussão sobre normas que descrevem lugar e tempo do adimplemento.¹⁸

Essa resolução se respalda na mais abrangente liberdade contratual, durante o período do século XIX começo do século XX não havia a possibilidade de fazer qualquer deliberação sobre isonomia substancial, justiça nas relações econômicas, vez ou outra realizada sob o formato contratual. Nesse período entendia-se que sendo livre à vontade entre os contratantes e, que, de maneira consciente, autêntica e ampla estabeleciam e celebravam avenças com seus desejos, acordando sob bases de recíproca isonomia jurídica a justiça presente no vínculo contatual era automaticamente afirmada. Após as revoluções burguesas extirparam-se os privilégios e as diferenciações normativas que caracterizavam as regras em vários modos semifeudais do “antigo regime”, e estabeleceu-se a equidade entre os cidadãos, isto é, uma paridade entre os indivíduos frente as normas. Especificamente nesse equilíbrio de acordos jurídicos formais entre os sujeitos contratuais implica uma segurança jurídica nas práticas negociais, desvinculadas de algumas espécies de vício na matriz, em razão da presença de uma diferenciação entre os

¹⁶ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. P.128

¹⁷ Id. Ibid.

¹⁸ Id. Ibid.

efeitos, as atribuições, os direitos, as capacidades legais conferidas a cada uma das partes, condescendo e cumprindo amplamente as disposições da justiça comutativa.¹⁹

A isonomia formal e o princípio da liberdade contratual, portanto, eram as estruturas basilares no que tange à relação e a fixação dessa comprovação peremptória da máxima na qual se diz “*quit dit contractuel dit juste*”, isto é, ao dizer que algo é “contratual” é o mesmo que dizer que algo é “justo”²⁰. Podemos dizer que o voluntarismo presente no dogma da autonomia privada é a confirmação de que a autonomia possui um poder que cria de maneira livre o direito, transformando-se em fontes de Direitos²¹. Oriundo desse princípio o instituto do Negócio Jurídico se caracteriza como um ato de vontade que tem por escopo a produção de efeitos, o conceito de negócio, portanto, vincula-se ao momento de sua gênese, que é o elemento volitivo presente nas partes.

A autonomia da vontade tem seu fundamento no voluntarismo oitocentista. O voluntarismo apresenta a ideia de que a declaração de vontade cria o negócio jurídico. Ocorre que a ideia de uma autonomia com poder jurígeno próprio, ou seja, que cria um poder ou um direito, é contraditório. Por isso ao mesmo tempo que se prega a primazia indelével da vontade individual, esse mesmo fenômeno passa a lograr respaldo na legislação própria daquele período. Sendo nítida e evidente o reconhecimento do fenômeno da volição por parte das normas e do ordenamento jurídico²².

Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos²³.

A isonomia formal e o princípio da liberdade contratual nasceram como seguimentos dos desejos e demandas particulares e como os pressupostos das demandas sociais. As teorias econômicas que vigoravam a época tinham seus fundamentos na noção de que o bem-estar social poderia ser granjeado da melhor forma, sem interferência do Estado, isto é, do poder público, todavia deixando apenas a liberdade de direção das

¹⁹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. P. 34

²⁰ Id. Ibid.

²¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. P. 47

²² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 119

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume III Contratos. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2013. p.13

iniciativas, aos interesses particulares, que os mecanismos mercadológicos e de concorrência coordenaram e orientaram automaticamente para o uso de recursos exaustivamente, para o total do acréscimo da riqueza nacional. É evidente que a liberdade da iniciativa econômica, entendida como coletivamente benéfica e necessária, está presente no plano jurídico da liberdade, entendida em conformidade com as demandas sociais, na criação de acordos quando, como e com quem se pretender estabelece-los²⁴.

Após a derrubada do Antigo Regime e dos privilégios da aristocracia no século XIX, o dogma da autonomia da vontade surge como um aspecto alusivo de um novo ordenamento jurídico em formação. A classe burguesa já não mais se subordinava à nobreza e passou a possuir a liberdade contratual.²⁵

No princípio da autonomia os particulares exercem uma liberdade para contratarem com quem anseiem. Todavia no instante em que estabelecem uma celebração contratual, se unem seguramente e efetivamente; o objeto que escolheram de modo espontâneo e desafogado transforma-se em um laço forte de suas formas de atuação na relação contratual, e se houver um rompimento do que foi convencionado ou celebrado, as partes ficam responsabilizadas e podem vir a sofrer as sanções em razão do descumprimento contratual. Esse é o binômio do princípio da liberdade contratual (responsabilidade contratual –utilidade risco-) conforme o qual se diz que “o contrato faz lei entre as partes”²⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro o Código Civil de 1916 havia uma preponderância do aspecto liberal. No conteúdo desse conjunto de normas prevalece a valoração das propriedades individuais, voluntaristas e patrimoniais que irão determinar essa espécie de Código. É evidente o caráter liberal do Código oitocentista e isso faz com que se compreenda que o legislador teve por objetivo maior ceder ao Código Civil o status de uma Constituição de Direito privado, centralizando todo o teor normativo e valorativo para a normatização das relações contratuais em um âmbito autônomo²⁷.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume III Contratos. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2013. p.13

²⁵ Id. Ibid.

²⁶ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35

²⁷ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais. São Paulo: Saraiva, 2014.

Se o Código Civil tem seu fundamento na autonomia da vontade dos contratantes, não é, em regra, aceitável que uma das partes possa se desvincular das suas dívidas, por meio de uma manifestação unilateral e arbitrária de vontade própria²⁸.

Com a intenção de que exista termo nos comandos determinados contratualmente é imprescindível o consenso entre os contratantes, ou uma prescrição normativa de maneira explícita. Em contrapartida, os indivíduos que contratam possuem a prerrogativa de estipular a possibilidade de rescisão contratual, seja individualmente ou para ambos. Nessa circunstância, um dos contratantes pode se eximir das responsabilidades determinadas em contrato por meio de um ato unilateral de vontade, é a denominada rescisão unilateral; contudo isto não significa extinção do princípio em questão, haja vista que tal prerrogativa encontra seu fundamento na conjunção das vontades dos sujeitos contratuais²⁹.

Em algumas situações das relações privadas, a norma estabelece a um dos contratantes a faculdade de rescisão contratual de maneira unilateral, não necessitando de prévio ajuste entre os indivíduos contratantes³⁰.

Em conformidade com o Art. 1372 do Código Civil de 1916, as obrigações contratuais vinculavam, com força de lei, os sujeitos que as celebravam, não havendo possibilidade de gerar obrigações para que terceiros alheios ao contrato cumpram. Resultados negativos ou obrigações sobre o patrimônio dos indivíduos podem vir da volição, ou, em certas situações, das normas, contudo não dá vontade de outrem³¹.

É consequência natural do *pacta sunt servanda* apresentar uma função social³². O princípio da obrigatoriedade das convenções significa que ao se estabelecer um contrato, o que foi pactuado não pode ser revertido. A norma permite aos indivíduos contratarem com que desejar e se assim desejarem, determinando o teor do instrumento contratual, de maneira que ao ser instituído ambas as partes contratuais estarão submetidas a essas determinações. Ao longo do tempo este princípio teve sua atuação diminuída e hoje encontra-se limitada pelo Princípio do equilíbrio dos contratos, sendo

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62

²⁹ Id. Ibid.

³⁰ Id. Ibid.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 14

³² RULLI NETO, Antonio. Função Social do Contrato. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36

este denominado pela doutrina como cláusula *res sic stantibus*. O Estado, portanto, só poderá alterar as determinações contratuais apenas em casos especiais, em função da obrigatoriedade das convenções.

2.2 Princípio da Autonomia Privada e as relações de consumo.

Com inspiração no Código Francês o fenômeno dogmático da autonomia da vontade possui como conteúdo a liberdade plena de contratação, mas atualmente este é colocado sob uma nova perspectiva. O ideal liberal que colocou a volição com aspecto mais importante das relações decaiu.³³

De acordo com Enzo Roppo, o instituto da autonomia, etimologicamente, significa a prerrogativa de se auto governar, sem uma interferência externa, estabelecendo as regras de sua própria atuação; já a autonomia privada, por sua vez, é a liberdade dos indivíduos de fixar suas vontades, vez ou outra unida por um liame à vontade de uma contraparte em um consenso negocial, incluindo o conteúdo contratual que almejam estabelecer e as mudanças que poderão adentrar a esfera patrimonial³⁴.

Ao longo da evolução histórica da teoria dos contratos houve a propensão a uma perda gradual da influência do elemento volitivo dos indivíduos nas relações contratuais, entendida de certa forma como um instante psicológico de quando se pretende celebrar um contrato, esse pendor pode ser conceituado como “objetivação do contrato”, este elemento acaba produzindo uma nova dimensão da relevância que a volição apresenta, tanto na esfera de circunscrição do conceito do contrato, como no plano do tratamento jurídico real de cada pacto negocial por instrumento contratual³⁵.

O sustentáculo que funciona como proteção da liberdade contratual entre os indivíduos é a autonomia privada, as partes poderão ajustar suas vontades e interesses conforme as normas, determinando o conteúdo e a própria liberdade de escolher com quem celebrar. O instituto da autonomia foi remodelado para se enquadrar ao Direito Civil atual, sendo elevado ao patamar de paradigma principal³⁶.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo, Teoria Geral dos Contratos, p. 25

³⁴ LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Coimbra: Editora Almedina, 2009

³⁵ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

³⁶ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 10 ago. 2018.

A autonomia privada em seu conceito teve sua gênese em concepções liberais que surgiram ao longo dos séculos XIX e XX, principalmente pela relevância que recebeu e a liberdade implantada pelas normas constitucionais presentes nos ordenamentos jurídicos de nações consideradas democráticas³⁷.

Com o processo de desenvolvimento das ideias liberais, e especialmente com a publicização do Direito Privado ao logo do século XX, vinculada a noção de Estado Social, nasce o reconhecimento de uma atuação positiva da Carta Magna, que consiste na obrigação do Estado não só de abster-se, todavia também comparece na prestação de algumas tarefas³⁸.

A autonomia privada como organização e forma geral vai além de valoração do instante do exercício da prerrogativa e da autodeterminação de fixação do conteúdo contratual, esse instituto também influencia qualquer assunto em que surja a iniciativa econômica dos indivíduos particulares, apresentada durante a atividade contratual. Este instituto acolhe conceitualmente não apenas o poder de fixar o conteúdo contratual, mas também a possibilidade de optar de forma livre com que será estabelecido o negócio jurídico, podendo existir recusa de ofertas advindas de outros indivíduos, por exemplo. Abarca-se também a liberdade na determinação do modo de contratual e como inseri-lo na operação desejada, beneficiando um ou outro modelo legal presente no Código Civil, ou também a extinção de contratos que não se adequem aos modelos existentes na área privada³⁹.

A autonomia privada difere da autonomia da vontade de modo que nesta nem todos possuem liberdade para decidir sobre o instrumento contratual como assim desejarem. Para o princípio da autonomia da vontade o instrumento contratual seria um fenômeno unicamente interno, de absoluta volição. Sob o fenômeno da autonomia privada, o instrumento contratual não é algo tão-somente volitivo, mas tem sua origem

³⁷ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁸ Id. Ibid.

³⁹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 27

em situações externas. A circunstância, criada diretamente pelo instrumento contratual, repercute econômica e socialmente fundamentando a intervenção legal⁴⁰.

No final do século XIX e ao longo do século XX tanto a industrialização quanto a urbanização acarretaram significativas transformações nas organizações sociais das nações do ocidente. Ainda que de maneira discreta, deu-se início a um processo de descodificação do Código Civil, tal processo teve por escopo a retirada da normatização de diversas características da vida social. Com base em valores axiológicos atuais, esses novos regulamentos passam a ser produtos do abatimento e da degeneração do Estado liberal e da escalada e do progresso de um Estado Social. Sob a égide de uma percepção e julgamentos isonômicos substanciais o Estado social buscou por finalidade o exercício efetivo do Estado no desempenho e efetivação desse modelo de igualdade⁴¹.

Com o declínio da ideia de Estado Liberal e o surgimento da publicização do direito privado a partir da união dos princípios de origem social e dirigista, como, por exemplo, o princípio da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, os princípios clássicos sofrem uma mitigação em sua aplicação⁴².

Com o intercâmbio entre os valores sociais e liberais, viu-se no Direito Civil o crescimento tanto das normas de conteúdo social, como a influência do Estado nas relações privadas, o Direito Civil, portanto, passou flexibilizar o seu caráter voluntarista. A vontade passa a abrir espaço para a emanação de novas regras no Direito dos Contratos dentro do ordenamento jurídico atual⁴³. Cabe lembrar que para autonomia privada não são impostas somente restrições oriundas da legislação, nada obstante da mesma forma tem-se regras que de maneira objetiva tratam sobre o ordenamento contratual, e equiparando-o de maneira direta com diversos assuntos, entre eles a escolha da parte contratante. De maneira clara é possível comprovar que por diversas vezes essas

⁴⁰ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 15 ago. 2018

⁴¹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

⁴² FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

⁴³ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 15 ago. 2018

limitações tem por estrutura decisões judiciais ou procedimentos de autoridades administrativas⁴⁴.

Os sujeitos particulares das ressalvas e condicionantes canalizadas à liberdade contratual das partes, são as normas, decisões judiciais e procedimentos de autoridades administrativas. De maneira agrupada e sincrônica a volição das partes que celebram o contrato, vertem a pujança do fenômeno da autonomia, e os contratantes integram os pilares da disposição contratual, para cuja possível estipulação possa, de acordo com as situações, convergir e contribuir⁴⁵.

A autonomia privada em seu caráter principiológico, acolhida de maneira mitigada pelo ordenamento jurídico, antecipa que o elemento volitivo das partes será considerado como conceito basilar do Direito contratual⁴⁶.

As partes, portanto, tem a prerrogativa para gerir, ordenar e delimitar seus intentos econômicos, por meio de instrumento contratual conforme modalidade adequada ao caso e de modo a atenderem seus respectivos interesses. Entretanto, isso não significa que para detalhar o conteúdo do instrumento contratual será preciso adentrar a psique dos indivíduos da relação contratual, para avaliar as subjetividades; nem significa dizer que a validade e a eficácia da norma contratual devam ser seguidas de maneira rigorosa conforme os ditames do arranjo mental, que dão lugar ao fato da vontade sob a visão psicológica⁴⁷. Desse modo, na contemporaneidade acolhe-se a ideia da autonomia privada, uma vez que a proteção ao indivíduo é ponto central do Direito civil, em sentido amplo. O princípio da autonomia da vontade trata do esfera psicológica e subjetiva dos sujeitos que pactuam o contrato, já o fenômeno da autonomia privada diz respeito ao indivíduo de maneira objetiva, analisando a capacidade de escolha das partes⁴⁸.

Os princípios constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa humana tem sua gênese no instituto da autonomia privada e não da autonomia da vontade, na medida em que a volição não mais apresenta um papel de plenitude semelhante que antes era

⁴⁴ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 15 ago. 2018

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil Volume único. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 392

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições do Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 21

⁴⁷ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 128

⁴⁸Id. Ibid.

exercida, visto que antes a Teoria da vontade era acolhida de maneira absoluta. Ademais a autonomia passa a ser um instituto inerente a figura do indivíduo e não a figura da vontade, descendendo da humanização do Direito Civil⁴⁹.

Do mesmo modo o instrumento contratual também foi atingido por uma série de transformações e alterações na sua configuração, tanto no plano de liberdade contratual, quanto no domínio de liberdade do exercício de contratação⁵⁰.

A liberdade de contratar prevê que o sujeito é soberano em seu exercício de contratar ou deixar de fazê-lo, decidindo o conteúdo contratual e selecionando o sujeito com quem estabelecerá uma celebração contratual. Com a larga independência, natural da autodeterminação e da livre contratação, a liberdade apresenta-se de forma congruente na finalização do contrato que estabelece lei entre as partes, criando um liame em todos os seus termos, desde que não se façam presentes violações éticos-jurídicas⁵¹.

Nessa esteira, Caio Mário da Silva Pereira⁵² afirma que o livre exercício de contratar se constrói em quatro instantes fundamentais na existência dos ajustes. O primeiro momento existe na faculdade de contratar ou não; esse instante sofre diversas restrições. No segundo instante a liberdade contratual enseja a possibilidade de determinar o sujeito com quem irá se contratar, isto é, selecionar com quem o negócio será feito e qual o tipo de contrato será estabelecido⁵³.

Já o terceiro instante da prerrogativa decorrente da liberdade de contratar, é a faculdade de determinar o teor do contrato. Ao longo desse momento as cláusulas serão determinadas de acordo com a convenção entre as partes; o mandamento desse instante é que exista a possibilidade de determinar o modelo contratual atribuindo a este o conteúdo próprio do negócio que se procura estabelecer. A norma irá oportunizar uma composição já estabelecida em acordos nominados, contudo, poderá uma das partes contratantes justapor ou não sua realidade a redação do contrato. Por fim, no quarto momento, posterior a conclusão do contrato, o contrato constitui-se em fonte formal do direito e

⁴⁹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 128

⁵⁰ HYONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual, Temas atuais*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 48

⁵¹ 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, p. 220

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 22

⁵³ Id. Ibid.

permite aos sujeitos contratantes moverem o aparato estatal para coagir e ordenar que seja feito o cumprimento do que foi estabelecido em contrato e salvaguardar o seu adimplemento obrigacional⁵⁴.

O exercício da liberdade de contratar, portanto, proporciona ao indivíduo o poder de estabelecer um negócio ou não. Quando estabelecido o vínculo que une as partes em um exercício contratual, uma das partes fica impossibilitada de exercer a faculdade de esquivar-se do compromisso de maneira unilateral, isso ocorre em razão do acordo nascer sob duas aspirações sem vícios e convergentes⁵⁵.

O Enunciado 23 do Conselho Federal de Justiça defende que o princípio da função social do contrato não expurga o instituto da autonomia contratual, mas diminui a abrangência desse princípio quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual ou interesse relativo à dignidade da pessoa humana.

Com a massificação do consumo, o dogma da liberdade contratual sofreu uma restrição de caráter protetivo sob a atuação do dirigismo contratual. Com a presença do Estado e de normas que resguardam as partes, frente a vulnerabilidade e desigualdade, houve uma ampliação da influência do Estado nas relações contratuais⁵⁶. Entretanto, o ocorrido não teve por objetivo dirimir o vínculo contratual muito menos extinguir o fenômeno da vontade individual em sua criação. A liberdade contratual, portanto, foi incluída no Princípio da autonomia da vontade e na responsabilidade social manifestada pela boa-fé objetiva⁵⁷.

2.3 Princípio da Vulnerabilidade.

A vulnerabilidade do sujeito consumidor é um conceito amplo que abarca enfoques distintos. Podemos entender o termo vulnerável como um conceito jurídico do Direito Material que tem por fundamento e finalidade evidenciar o significado da

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições do Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 22

⁵⁵ RULLI NETO, Antonio. Função Social do Contrato. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁵⁶ KHOURI, Paulo Roque. Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2013. Editora Atlas.

⁵⁷ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 27 ago. 2018

circunstância de vulnerabilidade. Conforme Aurélio Buarque de Holanda, vulnerável é tudo aquilo que se encontra em “circunstância pela qual poderá ser atacado”⁵⁸.

Como prescrito no Art. 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor é manifesto o propósito do legislador em vincular a posição de consumidor, em todos os casos, com a ideia de vulnerável na relação de consumo. De acordo com a realidade da sociedade contemporânea de consumo e as revoluções das relações jurídicas e comerciais pelas quais passamos nos últimos anos, tornou-se inarredável a posição de consumidor da ideia de vulnerabilidade.⁵⁹

Urgi destacar que a vulnerabilidade é um fundamento e uma motivação das regras e ações do legislador, esse conceito surge como procedimento para bem aplicar as normas ao caso concreto. Esse é o entendimento e a percepção que direciona e esclarece como executar estas medidas e normas de caráter protetivo, calcando-se sob a ideia basilar de isonomia e equidade⁶⁰.

Da mesma forma Cláudia Lima Marques sustenta que:

“A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para a sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da justiça equitativa.”⁶¹

Compreende-se por meio desse princípio, que o ordenamento jurídico identifica e admite com autêntica a qualidade e condição de vulnerabilidade dos consumidores nas relações contratuais de consumo, frente a probabilidade de que o sujeito consumidor sofra agravo ou ofensa, em sua incolumidade física ou psíquica, bem como em âmbito patrimonial e financeiro, por parte do indivíduo contratante que se apresente mais estável na relação consumerista. Por meio da flexibilização do dogma liberal da autonomia da vontade e com a massificação dos contratos, foi possível observar uma distinção nas normas comerciais tanto a sua execução quanto em sua argumentação, fundamentando, assim, a conjectura do fenômeno da vulnerabilidade como condição jurídica. Desse modo,

⁵⁸ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 27 ago. 2018

⁵⁹AMARAL, Francisco. Direito Civil, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 103.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Método, 2014. p. 31.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8ª edição, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005. p.326

a presunção de vulnerabilidade é absoluta ou *iure et de iure*, não sendo considerada declinação ou prova em contrário, sob nenhuma circunstância⁶².

Flávio Tartuce⁶³ consagra que o conceito de hipossuficiência difere do conceito de vulnerabilidade, em consequência de que todo sujeito consumidor é abalizado como indivíduo vulnerável, e essa é uma propriedade inerente a condição do consumidor final do bem ou serviço. Contudo o consumidor nem sempre será hipossuficiente.

Cláudia Lima Marques apresenta a seguinte visão:

“A doutrina brasileira defende, igualmente, que os consumidores desfavorecidos (ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material. Efetivamente, como ensina a doutrina francesa, a ‘fraqueza’ ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados, doentes, mutuários do SFH etc.) aos profissionais somente eventualmente vulnerável, por exemplo, a complexidade do bem ou serviço.”⁶⁴

Com o objetivo de enquadrar-se no conceito de vulnerável o sujeito contratante não necessita se enquadrar em uma situação política, financeira pessoal, social ou econômica, para que esquadre na condição de vulnerabilidade basta estar na condição de consumidor conforme análise dos Art. 2º e 3º da lei 8.078/1990. Daí perfaz-se e sucedem-se os amparos e prerrogativas normativos do Código Consumerista⁶⁵.

Paulo Roque Khouri⁶⁶ reconhece e confirma nessa esteira que o Código de Direito do Consumidor reconhece a fragilidade do sujeito consumidor nas relações de consumo, transportada pelo dirigismo contratual. A intenção do Art. 4º inciso I, que se assenta a “Política Nacional das Relações de Consumo”, se ampara e alicerça no “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

⁶²MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224

⁶³TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor, São Paulo: 2014. Método. p. 33.

⁶⁴MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8ª edição, São Paulo. Revista dos Tribunais. p.336

⁶⁵MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224

⁶⁶Id. Ibid.

2.3.1 Espécies de Vulnerabilidade

2.3.1.1 Vulnerabilidade Técnica

A vulnerabilidade técnica é uma modalidade que acontece no instante em que o consumidor não domina ou dispõe da noção técnica sobre os meios empregados para produção dos produtos ou para a realização dos serviços, nem os efeitos colaterais, o que faz com que o indivíduo seja alvo fácil na sociedade de consumo, visto que, obrigatoriamente, o sujeito consumidor deve confiar na boa-fé do fornecedor⁶⁷.

Nessa esteira, Cláudia Lima Marques consagra que a vulnerabilidade técnica ocorre no instante em que “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade”⁶⁸.

Essa modalidade acontece por distintas razões, as mais comuns são: a ausência de informação, informações incorretas e, em algumas circunstâncias, pode ocorrer por excesso de informações desnecessárias, sendo usado, muitas vezes, como uma forma de turvar e confundir o consumidor acerca das informações que realmente eram importantes⁶⁹.

Paulo Valério Moraes compreende que são cinco, as fontes que dão origem a vulnerabilidade técnica. A primeira delas são os bens ou serviços que possuem perigo natural; a segunda são os bens com defeitos, enumerados ao longo do Art. 12 e seguintes; a terceira são os produtos com vícios, apresentados no Art. 18 e seguintes; aqueles apresentados oriundos de práticas abusivas, como as apresentadas ao longo do Art. 30 do Código de Direito Comercial; e por fim os contratos, que surgem no Art. 46 do CDC⁷⁰.

Em seus estudos José Reinaldo de Lima Lopes afirma que o consumidor médio se encontra impedido de avaliar com completa clareza os bens ou serviços que está adquirindo. Desse modo, nessas circunstâncias em que o produto apresenta defeitos, o

⁶⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, p. 105.

⁶⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

⁷⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

consumidor poderá recorrer a um especialista que detenha uma noção específica sobre o determinado produto, em um mesmo patamar que o fabricante⁷¹.

2.3.1.2 Vulnerabilidade Jurídica

A vulnerabilidade jurídica ocorre no instante em que surge um problema oriundo da relação consumerista, exigindo a adoção de uma conduta de parcimônia pelo consumidor, no intuito de solucionar o problema, frente ao fornecedor de bens ou serviços, com o auxílio de advogados ou em órgão de defesa do consumidor⁷².

2.3.1.3 Vulnerabilidade Econômica e Social

Como afirma em sua doutrina, Paulo Valério Moraes diz que essa modalidade de vulnerabilidade ocorre quando há uma disparidade entre consumidores e produtores de bens ou serviços, sendo que os agentes econômicos têm maiores meios para fazer com que duas demandas sejam favorecidas em detrimento a vontade dos consumidores, pela utilização de meios técnicos avançados⁷³.

Esse modelo ficou mais aparente durante o período do século XIX ao longo do período da economia liberal, em um modelo econômico de livre concorrência dando origem a oligopólios e monopólios que fortalecidos ampliaram a fragilidade do consumidor frente ao mercado de consumo⁷⁴

Assim sendo o Código de Defesa do Consumidor apresenta a responsabilidade objetiva como norma, com o fulcro de limitar a vulnerabilidade, através da internalização dos custos e da coletivização dos danos⁷⁵.

Em relação as situações sociais, analisa Paulo Valério, que geralmente elas padecem de um obstáculo na obtenção de saúde ao indivíduo consumidor, essa

⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1992, p. 49.

⁷² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

⁷³ Id. Ibid. p. 175

⁷⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175

⁷⁵ Id. Ibid.

dificuldade é causada muitas vezes pelos próprios agentes econômicos, que colocam em circulação no mercado bens e serviços indevido e mal propício para o consumo⁷⁶.

Destarte o sujeito comprador passa a ser econômica e socialmente frágil, visto que se subordina as determinações políticas e economias dos agentes econômicos, que compõem a polaridade mais forte da relação contratual, desse modo os consumidores passam a sofrer de maneira direta os efeitos de qualquer interferência na circulação da moeda e do crédito⁷⁷.

Em vista disso, a vulnerabilidade, para alguns, seria a noção ou conceito do direito material, enquanto que a hipossuficiência está vinculada com o direito processual, visto que esta é um conceito de ordem processual, previsto no Código de Direito do Consumidor em seu Art. 6º inciso VII, que trata também sobre o ônus da prova como faculdade inerente ao consumidor.

2.4 Princípio da Boa-fé objetiva

O código de defesa do consumidor encontra respaldo em alguns institutos presentes na Carta Magna. A Constituição Federal tem por escopo tutelar o consumidor débil e salvaguardar a ordem econômica no Estado de Direito, com fundamento na livre-concorrência e no anteparo dos direitos do consumidor, assim como os demais princípios, que são abarcados como princípios fundamentais da República, em conformidade com o Art. 1º inciso IV e Art. 3º inciso II⁷⁸.

O CDC ao longo de seu conteúdo apresenta laivos de uma estrutura protecional no Art. 4º, entre os itens apresentados no decorrer do enunciado se destaca o inciso III:

“III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabiliza os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.⁷⁹

⁷⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175

⁷⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direitos do Consumidor, Rio de Janeiro, 2013, p. 323-324.

⁷⁸ BRASIL, Lei nº LEI 8.078, DE 11 de setembro de 1990. Institui o código de defesa do consumidor Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm Acesso em: 20 out. 2018.

⁷⁹ BRASIL, Lei nº LEI 8.078, DE 11 de setembro de 1990. Institui o código de defesa do consumidor.

O Código de Defesa do consumidor não disponibiliza aos consumidores só um amparo ilimitado, ele também dispõe de mecanismos para contornar a vulnerabilidade sem prejudicar o desenvolvimento econômico do Estado, essencial para o bem estar e o avanço social de toda coletividade⁸⁰.

Desse modo, a norma que trata dos Direitos do consumidor está estreitamente ligada ao contexto determinado pela lei maior, com o intuito de amparar e resguardar os institutos da propriedade privada, a livre concorrência e a livre-iniciativa⁸¹.

Nessa esteira, Paulo Roque Khouri determina que:

“O contrato de consumo, destarte, não se afastou das linhas clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente aos interesses tanto dos produtores como dos consumidores.”⁸²

O princípio da boa-fé objetiva previsto na norma consumerista que os instrumentos contratuais devem encontrar respaldo moral neste mecanismo, não obstante se faça uso desse princípio com uma certa frequência pelo consumidor vulnerável, não pode ser reconhecida como norma concebida e otimizada tão só para conduzir e estabelecer as ações do contratante que oferece bens e serviços⁸³.

Humberto Theodoro Júnior ao tratar sobre tema de Direitos do Consumidor determina que a eticidade deve ser absoluta e não condicionada, gerando, assim, um dever para o consumidor e para o fornecedor de bens e serviços. Dentro das relações de consumo a boa-fé objetiva como mecanismo de caráter principiológico funciona como uma via de mão dupla, uma estrada que direciona a um vínculo de reciprocidade entre os contratantes da relação, não permitindo que a proteção conferida pelo Código de Direito do Consumidor sirva de proteção para consumidores que, movidos pela má fé e pelo ardil de se locupletar, procurem sanar os danos para cuja a criação tiveram significativa participação⁸⁴.

Dentro do patamar ético não seria admissível que a norma criada para prevenir o desequilíbrio da relação contratual, isto é, prevenir a disparidade entre o consumidor e

⁸⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. P.216

⁸¹ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: 2013. Atlas.

⁸² Id. *Ibid.*

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.217

⁸⁴ Id. *Ibid.*

o fornecedor se transformasse em inabilidade da parte protegida no que tange os deveres na esfera moral. O que é reconhecidamente imoral para o fornecedor, também o será para o sujeito consumidor, haja vista ambas as partes possuírem como dever de boa-fé objetiva dentro da relação contratual. Tal previsão é válida para todos os contratos, tanto em âmbito do Direito do Consumidor quanto para os demais contratos, submetidos a égide do Código Civil de 2002 e da Constituição de 1988⁸⁵.

Humberto Theodoro assevera que:

“Não se pode ver a lei protetiva dos direitos do consumidor, portanto, fora do contexto criado pela Constituição para assegurar a livre-iniciativa, a propriedade privada e a livre-concorrência. O contrato de consumo, destarte, não se afastou das linha clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente aos interesses tanto dos produtores como dos consumidores.”⁸⁶

O princípio da boa-fé incorpora em seu âmago a função do contrato, que foi inserida no conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, de maneira distinta do conceito clássico. Ela deixa de se vincular ao patamar subjetivo da ideia de consentimento passando a se fixar no âmbito objetivo do equilíbrio das obrigações e deveres das partes. No entanto a boa-fé subjetiva não foi extinta, ela permanece amparando a teoria dos vícios de consentimento. Sob o fundamento da equidade fez-se, portanto, a abertura para uma nova análise da estrutura econômico-jurídica contratual a partir do exame das cláusulas contratuais do negócio⁸⁷.

O princípio da boa-fé incorpora em seu interior a função do contrato, que foi inserida no conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, de maneira distinta do conceito clássico. Ela deixa de se vincular ao patamar subjetivo da ideia de consentimento passando a se fixar no âmbito objetivo do equilíbrio das obrigações e deveres das partes. No entanto a boa-fé subjetiva não foi extinta, ela permanece amparando a teoria dos vícios de consentimento. Sob o fundamento da equidade fez-se, portanto, a abertura para uma nova análise da estrutura econômico-jurídica contratual a partir do exame das cláusulas contratuais do negócio⁸⁸.

⁸⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 216

⁸⁶ Id. Ibid.

⁸⁷ Id. Ibid.

⁸⁸ Id. Ibid.

O entendimento objetivo do conceito de boa-fé é retirado do regime consumerista da sociedade contemporânea e das contratações em massa, em que as regras são determinadas de maneira unilateral pelo fornecedor de bens ou serviços, isto é, pela parte que possui um maior controle no negócio.

No conteúdo dos contratos de adesão predomina-se as denominadas “condições gerais”. Nessa espécie de mecanismo não existe a natural e prévia análise das condições entre os contratantes⁸⁹.

As partes da relação contratual são considerados como componentes da sociedade, além de indivíduos independentes, e por essa razão são amparados do ponto de vista jurídico. Diferente do que ocorre com a boa-fé subjetiva (vinculada somente a interesses privados), a boa-fé objetiva conclama a um comportamento de lealdade, retidão e interesses gerais fundamentados em “expectativas legitimamente geradas, pelas ações, dos demais membros da sociedade, mais precisamente da parte oposta na relação comercial”⁹⁰

Sobre boa-fé, assevera Humberto Theodoro Júnior que:

“A boa-fé faz-se presente dentro da estrutura obrigacional, ocupando posto de dever contratual e, assim, oferece condições de contribuir para a determinação do conteúdo do contrato e seu funcionamento. Essa perspectiva torna tangível e evidente a superação da ideia de boa-fé em sentido puramente ético e propicia a recondução do tema ao âmbito próprio do contrato, qual seja, o de um fenômeno especificamente social e jurídico”⁹¹.

Na revisão contratual, admitida pelo Código de Defesa do Consumidor, pode existir de maneira objetiva na negociação a estipulação contrária que seria acordada regularmente em um justo e equilibrado acordo, em conformidade com a visão média da sociedade em que o instrumento negocial foi estabelecido.

Observando o princípio da boa-fé é possível afirmar que se trata de uma norma de validade que apresenta um padrão de atitude de lealdade e probidade tanto na gênese quanto na efetivação das relações em diversos âmbitos. A boa-fé, portanto, funcionando como uma espécie de norma comportamental, dando origem a um dever de indenizar em

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 127

⁹⁰ Id. Ibid.

⁹¹ Id. Ibid.

situação de violação, haja vista que isto estabelece uma forma de determinação das consequências da relação contratual⁹².

Destarte, o instituto da boa-fé objetiva funciona como um mecanismo essencial para a hermenêutica contratual, assim como para os sujeitos que são partes da relação consumerista. Desse modo, o princípio da boa-fé vai além do exercício de função de integração e acaba por exercer também a função de correção das estipulações contratuais, em que “sua violação traduz um inadimplemento contratual, com a correlativa responsabilidade”⁹³.

Paulo Valério Moraes compreende que no princípio da boa-fé objetiva as condutas sociais devem estar de acordo com os padrões corretos de procedimento que não venham a trazer como efeito qualquer dano ou prejuízo ao sujeito, não sendo observada a existência de dolo ou culpa, na medida em que o essencial no enfoque do assunto é a completa inexistência de formas e mecanismos, condutas comissivas ou omissivas que venha a transformar a correta manifestação de vontade dos contratantes envolvidos no negócio jurídico ou aos demais que em decorrência dos efeitos da contratação venha a sofrer⁹⁴.

Ao longo do estudo sobre esse tema, o autor Paulo Valério afirma que o instrumento contratual não poderá ser entendido como uma expressão isolada da sociedade, na qual dois indivíduos realizam um contrato cabendo a cada um deles a absoluta disponibilidade. Desse modo, o Art.112 do Código Civil apresenta no decorrer de seu texto o princípio da boa-fé como elemento essencial à interpretação dos contratos, prevendo que: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”⁹⁵.

Existe ainda a possibilidade de anulação do ato jurídico em caso de existência de vício do consentimento, em razão de uma inobservância ao instituto da boa-fé. Muito embora não se tenha extinguido o mecanismo da boa-fé subjetiva durante a contratação, a boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor funciona como princípio

⁹² KHOURI, Paulo Roque. Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2013. Atlas. p. 50

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Direitos do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 217

⁹⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 224

⁹⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 224

fundamental das relações contratuais de consumo. À vista disso, a parte que estivesse negociando estaria agindo em desconformidade com a boa-fé, a despeito de no instante da criação do contrato não apresentasse o intuito ou vontade de prejudicar outrem, posto que o ânimo de causar danos ou não a parte que está negociando faz parte da boa-fé subjetiva, não estando vinculadas, as duas faces da boa-fé independem uma da outra⁹⁶.

Caso o contrato seja manifestado de maneira evidentemente desequilibrada isso afrontará objetivamente o instrumento da boa-fé, em tal circunstância também pode se incluir situações em que haja a oferta de vantagens econômicas exacerbadas para a parte fornecedora de bens e serviços, assim como se apresentar de maneira absolutamente não isonômica em uma oposição entre os direitos restritos atribuídos ao consumidor e o excesso de obrigações e, ao final, quando venha a causar óbice a concretização das expectativas construídas no decorrer do estabelecimento da relação negocial. Ao mesmo em que o fornecedor, que se beneficia das cláusulas presentes nos contratos de adesão, que foi por ele criado previamente, concedendo a si mesmo benefício e direito para além dos patamares básicos⁹⁷.

Essa boa-fé, portanto, deve existir para além da criação de cláusulas contratuais. Ele deve se fazer presente também em fases pré-contratuais, nos mecanismos publicitários, não possuindo o ardil de ludibriar e enganar o consumidor, à proposta, de acordo com o que foi previsto no Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor ⁹⁸.

2.5 Princípio da Função Social do Contrato

O princípio da função social do contrato estuda o instrumento contratual na sociedade que o cerca, buscando avaliar não só a eficácia entre as partes como a relação do contrato com a comunidade como um todo⁹⁹. Desse modo, a função social como princípio em análise não pode rechaçar o caráter econômico que lhe é próprio, devendo existir conciliação das demandas do consumidor, o fornecedor e a sociedade.

⁹⁶ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 20 ago. 2018

⁹⁷ KHOURI, Paulo Roque. 2013. Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 226

⁹⁸ KHOURI, Paulo Roque. 2013. Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 226.

⁹⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito do Consumidor, São Paulo: Método, 2014.

Para que a natureza jurídica do instituto da função social do contrato seja entendida, ela deverá ser observada sob um prisma no qual o instrumento contratual “não poderá trazer onerosidade excessiva, desproporção e injustiça social, bem como, não pode violar interesses individuais que abranja a proteção da dignidade humana”¹⁰⁰. O princípio da função social do contrato vislumbra a relação contratual em um contexto de sociedade, não sendo reduzido apenas a um aspecto individual, relacionado aos polos contratuais unicamente, visto que o contrato apresenta consequências, também, em relação à sociedade¹⁰¹.

No contrato de consumo, a função social é utilizada diante dos efeitos que essa espécie de relação contratual ocasiona no meio social. Esse instituto age para além da relação credor e devedor, tendo reflexos na comunidade de modo geral. As relações entre as partes negociante nos acordos de consumo são tuteladas em sentido ético pelas normas de Direito do consumidor, entretanto a função social não se desenvolve nesse âmbito, esse princípio floresce na eliminação de costumes inconvenientes em âmbito mercadológico, hábitos ou práticas reiteradas que podem vir a criar óbices ao crescimento econômico de maneira equilibrada e harmônica, fazendo com que se transforme em uma maneira de superioridade¹⁰².

Contudo a função social não excluiu o princípio do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*), visto que o que for acordado entre as partes contratantes deverá ser adimplido, pois isso também faz parte da ideia de função social do contrato, nessa esteira pode-se afirmar que é de interesse da sociedade que os contratos sejam cumpridos e que esse cumprimento ocasione um fortalecimento dos laços de confiabilidade. Cabe lembrar que um dos aspectos mais importantes da função social do contrato é a continuidade dos contratos, visto que tanto a segurança jurídica quanto a permanência são atributos almejados pela sociedade para serem aplicados ao negócio jurídico¹⁰³.

¹⁰⁰. SANDRI, Jussara Schmitt. 2011. Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. Revista de Direito Público, Londrina. www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8721/9062 acesso em: 09 set. 2018

¹⁰¹ SANDRI, Jussara Schmitt. 2011. Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. Revista de Direito Público, Londrina. www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8721/9062 acesso em: 09 set. 2018

¹⁰² JÚNIOR, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219

¹⁰³ Id. Ibid.

O Código Civil de 2002 criou um modelo distinto sobre a função social do contrato e previa no Art. 421 que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

Em vista disso, o princípio da função social do contrato se fundamenta na realização das demandas de outras pessoas, com as demandas sociais, dispondo o Estado de um dever-poder de efetuar a resistência e o amparo do sujeito consumidor.

Nessa seara Pablo Stolze defende:

“Essa correção de rumos, portanto, humaniza a ideia de contrato, rendendo ensejo a que seja banido de vez de nosso sistema o péssimo hábito de se encarar o contrato como uma rede caça, em que o forte subjuga o fraco, utilizando, sobretudo, a técnica covarde da imposição de cláusulas leoninas.”¹⁰⁴

No decorrer do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor não é possível encontrar o princípio da função social de modo expresse, mas as doutrinas em sua maioria compreendem que o CDC é uma norma que tem inserida na essência de seu caráter o elemento da função social, ainda que de maneira implícita, tendo, portanto um caráter de ordem pública econômica¹⁰⁵.

Compete ao Estado suprir algumas finalidades em favorecimento das demandas de outros indivíduos, que seriam neste caso os consumidores. Movendo meios para a promoção de determinados benefícios, o Estado terá de exercer “deveres-poderes” ou direitos potestativos em prol das demandas dos consumidores, uma vez que a proteção do indivíduo consumidor é o fundamento para a função social em essência¹⁰⁶.

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 170 defende que a ordem econômica tem por fundamento garantir vida digna, conforme as determinações da justiça social, tal situação corrobora para a realização de um princípio voltado ao amparo do consumidor. Contudo esse enunciado normativo e o princípio da função social não podem ser compreendidos de maneira apartada, conquanto o princípio da dignidade humana também está contido na ideia de função social de amparo ao consumidor. Previsto no Art. 1º, inciso III da Constituição¹⁰⁷, o princípio da dignidade humana é um dos fundamentos

¹⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil Volume único. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 400

¹⁰⁵ Id. Ibid.

¹⁰⁶ Id. Ibid.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

da República Federativa, em prol da criação e realização de uma sociedade justa e solidária.

Nesse sentido Pablo Stolze diz:

“Em verdade, garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção da ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio de proteção à dignidade da pessoa humana, remetem-nos à ideia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento, poderão posteriormente vir a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior¹⁰⁸.”

Há, portanto, uma efetividade por parte do CDC no que tange o controle de cláusulas de natureza abusiva, existindo a previsão de nulidade dessa espécie de cláusula. Quanto a regulação do comportamento das partes na relação contratual, aplica-se, concomitantemente, o princípio da boa-fé objetiva. A ponderação entre os aspectos econômicos da relação e de justiça nos instrumentos contratuais leva a uma equalização, uma uniformização das relações consumeristas.

3. MODELOS DE REVISÃO E EXTINÇÃO CONTRATUAIS

3.1 Novação

O instituto civil da Novação é conceituado como uma nova obrigação que substitui outra obrigação, mais antiga, que fica extinta. É uma interessante forma de extinção da obrigação em razão da constituição de uma nova obrigação, que venha a ocupar o lugar da primeira.¹⁰⁹ O autor Antunes Varela conceitua a novação como uma convenção pela qual os contratantes eliminam uma obrigação por intermédio da constituição de uma nova obrigação em lugar da obrigação anterior¹¹⁰.

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

¹⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil Volume único. São Paulo, 2017. p. 400.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 481

¹¹⁰ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral; Coimbra: Almedina, 1997, p. 230.

“A novação ao contrário do adimplemento em sentido estrito, é um modo extintivo não satisfatório, pois não conduz a satisfação imediata do crédito. Somente se estabelece uma nova obrigação válida que substitui a primeira.”¹¹¹

Na contemporaneidade, o instituto da novação é uma conquista do Direito obrigacional. Desse modo o fenômeno de transmissão das obrigações, como, por exemplo, pela cessão de crédito e a assunção de dívida, a novação se constituiu frente ao dinamismo do tráfico negocial, que de modo frequente acaba exigindo modelos mais céleres na troca de bens e serviços¹¹².

Durante muito tempo o fenômeno da novação fez a conexão entre o personalismo primário do liame obrigacional e a negociação de seu conteúdo. Rigorosamente desenvolveu-se no Direito moderno o princípio da transmissibilidade, que se contrapõe concepção romana a qual se apresenta de maneira mais rígida opondo-se as mudanças em seus elementos, ou seja, a despersonalização dos vínculos possibilita que as obrigações sejam eliminadas e outras venham a surgir em seu lugar, ainda que haja substituição das partes.¹¹³ De modo algum o fenômeno da novação foi abandonado pelo Direito moderno.

Na contemporaneidade, o instituto da novação é uma conquista do Direito obrigacional. A vista disso o fenômeno de transmissão das obrigações, assim como cessão de crédito e a assunção de dívida, a novação se constituiu frente ao dinamismo do tráfico negocial, que de modo frequente acaba exigindo modelos mais céleres na troca de bens e serviços¹¹⁴.

Por fim, a novação não tem por objetivo modificar a titularidade de um mesmo crédito ou um débito, sua perspectiva funcional encontra-se na gênese de uma nova relação obrigacional, sendo a anterior fulminada pelo cumprimento obrigacional, desse modo considera-se a obrigação como um processo¹¹⁵.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 482

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 482

¹¹³ Id. Ibid.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 482

¹¹⁵ Id. Ibid.

3.1.1 Preceitos e formalidades para a configuração de uma *novatio*

3.1.1.1 Consentimento

Para a constituição ou gênese de uma nova obrigação, pressupõe-se existir a capacidade do agente e a emissão de vontade, para que se torne real no mundo jurídico o negócio, com força de novativa. Esse preceito suscita invocar tanto os princípios inerentes a capacidade genérica para todo negócio jurídico, quanto aqueles outros referentes às restrições impostas às partes relativamente a certos atos ou contratos. Em caso de ausência de aptidão para a realização de um dado ato negocial, não tem ele o condão de novar. De regra, ensina Carvalho de Mendonça, que pode fazer novação todo aquele que tem aptidão para validamente pagar e receber: “*cui recte solvitur, is etiam novare potest*”¹¹⁶.

3.1.1.2 Existência de obrigação anterior

Se não houver uma relação obrigacional, dotada dos requisitos de validade, que possa ser extinta, e substituída por outra diversa, não há novação.

Discute-se a hipótese de não ser a obrigação primitiva civil, mas simplesmente natural, e questionar-se da possibilidade de uma *novatio*. No Direito Romano, segundo a definição acima transcrita, de Ulpiano, era possível. E no moderno nada impede que assim também seja, isto é, que a uma obrigação insuscetível de ação se substitua, por novação, uma outra integrada de todos os seus elementos. Não se pode, com efeito, alinhar em paralelo a obrigação natural e a inválida. Esta não se chega a constituir validamente, por falta de um dos requisitos subjetivos, objetivos ou eventualmente formais. Ao revés, a *obligatio naturalis* é o que resulta de um vínculo menos intenso, ostentando aspectos de uma obrigação, porém desvestida de sanção ou desprovida de ação. E, se se pode reconhecer na obrigação natural o efeito de autorizar a retenção do pagamento, não se lhe pode negar o de permitir ou causar a novação, que seria o meio de inseminar a ação e subrogá-lo em uma obrigação civil. Abolida, como foi, no nosso Anteprojeto, a figura da

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012. p. 14.

obrigação natural, acrescentamos ser lícito novar obrigação judicialmente inexigível, dotando o sujeito ativo da ação respectiva¹¹⁷.

3.1.1.3 Nascimento de uma nova obrigação

No momento em que se extingue a anterior, há de nascer a nova obrigação. E tem de ser válida. Se não chegar a se constituir, ou se é nula, além de não produzir o efeito para estabelecer o *iuris vinculum* fundamental para a sua existência também não terá a força necessária para fazer a extinção da obrigação que a precede. Por essa mesma razão seu objeto não pode ser perseguido, logo a obrigação primitiva não pode ser considerada extinta. Caso a obrigação seja anulável o efeito do seu desfazimento será o restabelecimento da primeira obrigação¹¹⁸.

3.1.1.4 *Animus novandi*

Como regra prevista no Código Civil de 2002 no Art. 361, o *animus novandi* tem o escopo de completar os requisitos para a novação. Não havendo a intenção de novar, a extinção da primeira obrigação não ocorrerá, e, em tal caso, a nova obrigação que venha a surgir ela terá por simples efeito a confirmação da primeira obrigação. O *animus novandi* poderá vir expressamente no instrumento contratual, e então *tollitur quaestio*. Contudo na ausência de determinação específica, deve ser averiguado se o conjunto de circunstâncias afirma uma configuração implícita de modo inequívoco. A novação não se presume.¹¹⁹

3.2 Nulidades

Nulidade é a sanção por meio da qual a lei priva de eficácia o contrato que se celebra contra preceito perfeito e notadamente, os que disciplinam os pressupostos e

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 14.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 15.

¹¹⁹ Id. Ibid.

requisitos do negócio jurídico. O ordenamento jurídico recusa proteção ao contrato cujos elementos não correspondem aos que a lei exige para valer.

A pena de nulidade é cominada explicitamente, ou subentendida. Na primeira hipótese, diz-se que a nulidade é textual; na outra, virtual ou implícita. (RA) De acordo com o art. 166, inciso VII, do Código Civil, o ato cuja prática a lei proíbe sem cominar sanção é considerado nulo (RA). Pode a nulidade ser total ou parcial, conforme atinja todo o contrato ou apenas uma ou algumas de suas cláusulas. Se total, a invalidade do contrato é completa. Se parcial, depende de sua extensão; contaminando as demais cláusulas, acarreta a nulidade total; mas se a cláusula nula pode ser isolada, a invalidade ocorrerá quanto a essa disposição, valendo, portanto, as outras. A nulidade é imediata, absoluta, insanável, perpétua e opera de pleno direito. Pode ser arguida por qualquer interessado. O contrato não pode ser confirmado, nem convalesce pelo decurso de tempo, mas a imprescritibilidade da ação não impede a inutilização da sentença de nulidade se o bem já foi adquirido por usucapião ou se está prescrita a ação de repetição.¹²⁰

3.2.1 Relativas

O instituto civil da nulidade relativa é assimilado como um modelo de nulidade “dependente de alegação”, ao contrário da nulidade absoluta, apenas o interessado possui legitimidade para argumentá-la, não sendo, portanto, possível que a sua declaração seja realizada pelo magistrado sem este ser provocado¹²¹.

Em vista disso essa espécie de nulidade é aquela que ao ser praticada em desalinho com os valores principiológicos e normativos, poderá ser anulada por via judicial. Caberá ao sujeito interessado manifestar-se quanto à possibilidade ou não de requer a anulação. O ato ainda terá eficácia enquanto não for declarado sem efeito, visto que antes da declaração era considerado válido¹²².

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56

¹²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57

¹²² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57

Dispõe o artigo 171 do Código Civil¹²³:

“Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Nessa esteira, dentro de um período de tempo, somente o indivíduo interessado poderá argumentar o instrumento da nulidade relativa, caso haja terminado o prazo para o exercício do ato, a circunstância que tornou o negócio jurídico anulável convalesce e o juiz nesse caso deverá ratificar, ainda que não seja notada que há uma questão anulável na relação negocial, uma vez que o interessado deverá ficar inerte para isto¹²⁴.

A anulabilidade também priva o contrato de seus efeitos, se requerer a invalidação a pessoa a favor de quem a lei a determinou. O ato anulável produz efeitos até ser anulado. Podem ser anulados os contratos celebrados pelos relativamente incapazes e pelas partes cujo consentimento tenha se dado por erro, dolo, coação (RA), estado de perigo, lesão ou fraude contra credores* (RA).

A anulabilidade é diferida, relativa, sanável e provisória, isto é, o contrato subsiste até o momento em que o juiz o anula; apenas pode ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege; admite confirmação e se purifica com o decurso do tempo.

3.2.2 Absolutas

No caso dessa espécie de extinção do contrato a causa principal é o ato nulo, do latim *nullitas*, de *nullus* (nenhum, nulo). Quando há nulidade absoluta o ato não apresenta valor, ou seja, não gera efeito algum, visto que se considera que ato em questão nunca existiu. O conceito de “nulo” pode ser entendido como todo ato que exige alguma formalidades e requisitos estabelecidos pelas normas como essenciais para validação do ato, ou para que seja constituído em desconformidade com preceitos proibitório da legislação¹²⁵.

¹²³ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 20 out. 2018.

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58

¹²⁵ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009 p. 148

A nulidade absoluta também pode ser conceituada como nulidade de pleno Direito, esse modelo de nulidade é caracterizado pelo imprescindível interesse de ordem pública. Esse instituto pode ser alegado ou argumentado pelo Ministério Público, sendo decretado pelo magistrado, quando conhecer do ato ou de seus resultados e for evidenciada e exposta a sua existência através de mecanismos probatórios¹²⁶.

Dentro disso, estão expressos no Código Civil em seu art. 166 os casos de nulidade absoluta, senão vejamos:

“É nulo o negócio jurídico quando: I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV — não revestir a forma prescrita em lei; V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII — a lei taxativamente o declarar nulo, o proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”¹²⁷

O artigo 167 ainda completa: "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e toda forma". "Portanto, os atos simulados são atos nulos".¹²⁸

Assim, gera a incidência de nulidade absoluta do negócio jurídico caso ocorra quaisquer das hipóteses dispostas acima.

4. O INSTITUTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E SEUS IMPASSES

4.1 Breve apanhado histórico do fenômeno do Superendividamento.

O endividamento tem sua gênese como um dos motivos para o inadimplemento obrigacional. Nessa esteira a sociedade sempre viu com reprovação a extrema onerosidade advinda da má administração financeira por parte de alguns indivíduos. Já o superendividamento é um fenômeno social que se dá em âmbito do sistema econômico capitalista.

¹²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58

¹²⁷ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

¹²⁸ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

Seguindo a análise histórica é possível observar que o endividamento em si, proveniente do inadimplemento, não tem natureza recente. Tendo sua origem em Roma, mais especificamente antes e durante a vigência da Lei das XII Tábuas, o crédito era conferida ao devedor e sua garantia incidia sobre ele mesmo ou pelo denominado empréstimo de interesse. O fornecimento da garantia era feito por meio de venda a prazo ou por “empréstimo de interesse”, nele o montante disponibilizado seria usado para suprir necessidades imediatas daquele que a recebia. Sendo essa a estrutura basilar que deu origem ao empréstimo nas relações de consumo¹²⁹.

O inadimplemento contratual era causa de humilhação e tal situação acabava por incluir sua própria família, que tinha como consequência a privação de liberdade e dos bens. A parte devedora tinha um prazo para cumprimento da obrigação e caso não cumprisse era exposto de maneira vexatória para que todos tivessem conhecimento da ausência de palavra daquele indivíduo que não honrou seus compromissos. Assim em decorrência do não cumprimento da dívida eram retirados do inadimplente os direitos civis podendo o credor ter direito sobre a vida do devedor, desse modo poderia o credor escravizá-lo ou fazê-lo ser submetido a pena de morte¹³⁰.

Com o surgimento da *Lex Poetelia* por volta do século IV a.C., esse modelo repressivo foi modificado. Essa lei instituiu que a garantia do cumprimento da obrigação deveria recair sobre o patrimônio da pessoa e não sobre o indivíduo. Assim, a liquidação da obrigação passou a ter caráter patrimonial. A execução do crédito que adentrava a esfera do indivíduo não garantia o real adimplemento da dívida, conquanto não houvesse meios para pagar a dívida a pena seria a escravidão ou a pena de morte¹³¹.

No instante em que o débito passa a ter garantia no patrimônio e não no corpo da pessoa do devedor as formas de proteção do crédito se ampliam, posto que o credor passa a contar com terceiros fortalecendo o adimplemento da dívida ou substituindo o

¹²⁹ BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords). Direito do Consumidor superendividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

¹³⁰ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹³¹ ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. Tutela externa do crédito. P 68 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. 65-86 f.

devedor na relação originária, com exemplo temos os seguintes institutos: a fiança, a assunção da dívida, cessão de crédito e novação subjetiva¹³².

Sem embargo, na atualidade o consumidor é entendido como uma classe proveniente de um sistema burguês, sendo um sujeito inafastável da história da economia capitalista. Desse modo o estudo dessa manifestação contemporânea e social, que tem fundamento nas relações de consumo, remete a um deslocamento do arquétipo econômico clássico de que o consumidor por ser racional e livre possui uma liberdade plena para a realização do ato negocial e por essa razão deverá suportar os ônus de sua conduta frente ao mercado de consumo¹³³.

No entanto pode ser considerado uma crença proveniente de um axioma que apresenta o indivíduo consumidor como racional, isto é, dentro das diversidades presentes em produtos de bens e serviços caberia ao consumidor a liberdade de escolha daquilo que venha a maximizar sua utilidade por meio de um cálculo entre a necessidade e o custo da troca em relação ao capital, a renda ou crédito do qual dispõe¹³⁴.

A maximização da utilidade é o elemento equalizador do consumidor e a razão que fundamenta o exercício da compra. As causas extrínsecas a volição do consumidor, não são consideradas, e é nesse aspecto que acontece o revés dessa espécie de economia no estudo microeconômico da atuação do consumidor.

4.2 Aspectos do superendividamento: conceito e abrangência.

Pode-se entender o conceito de superendividamento com uma situação na qual o devedor pessoa física leigo de boa-fé não apresenta possibilidade de quitar suas dívidas de consumo e a insuficiência do direito de conceder alguma solução, parcelamento ou período de graça, decorrência do múnus de cooperação e lealdade para refrear a “morte civil deste “falido”- leigo ou “falido”- civil. O superendividamento, portanto, pressupõe

¹³² ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. Tutela externa do crédito. P 68 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. 65-86 f.

¹³³ OLIVEIRA, Juliana Andrea. O superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução. Programa de Pós-graduação em Direito UCP, Revista Lex humanas 2011. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis. p. 4

¹³⁴ Id. Ibid. p.4

um endividamento de proporções além do normal e do possível de se suportar em um comparativo com a renda mensal dos consumidores¹³⁵.

Nessa esteira afirma Cláudia Lima Marques:

“Efetivamente, o endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e de serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia do endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes, como o Brasil.”¹³⁶

A popularização do crédito fez com que esse instituto se transformasse em um mecanismo de ingresso no mercado de consumo de bens e serviços, ocasionando uma dependência dos consumidores e um endividamento que ultrapassa qualquer possibilidade de adimplemento, precipuamente nas classes menos abastada, originando dessa maneira o que a doutrina chama de Superendividamento¹³⁷.

A problemática proveniente do superendividamento ocorre somente com pessoas físicas, nas situações em que as pessoas jurídicas se encontram com dívidas acima do possível de arcar tem por denominação estado de falência, uma vez que existe legislação própria dedicada ao tratamento dessa espécie de caso nas empresas, qual seja, a lei 11.101/2005 (Lei de recuperação judicial e falência)¹³⁸.

O superendividamento é conceituado segundo André P. Schmidt Neto com situação na qual o sujeito consumidor possui o passivo maior que o ativo, isto significa que o consumidor contraiu um débito superior ao que seu orçamento poderia cobrir, não podendo dessa maneira cumprir essa obrigação. As dívidas, portanto, passam a comprometer em grande parte a sua renda, além do mínimo existencial para manter tanto

¹³⁵ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1236, 2006.

¹³⁷ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. p. 223 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219- 232.

¹³⁸ BRASIL, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 14 out. 2018

o devedor quanto seus familiares; tal circunstância necessita de apoio para reconstrução e recuperação da esfera financeira e econômica do consumidor endividado¹³⁹.

A contrariedade em questão concerne aos casos em que o consumidor se vê impedido, ainda que momentaneamente, de executar a quitação dos seus débitos. O consumidor também é considerado como superendividado quando consegue adimplir suas obrigações, entretanto, com sérios obstáculos¹⁴⁰.

A publicidade contribuiu para um crescimento considerável do caráter de bens classificados como gêneros de necessidade e que se tornaram essenciais ao consumidor. O problema ocasionado pelo superendividamento é fruto da intensa prática publicitária que ampliou a natureza dos artigos e gêneros denominados de primeira necessidade e que passaram a ter um caráter de indispensabilidade à subsistência do consumidor¹⁴¹.

4.3 A tutela jurídica do consumidor no ordenamento brasileiro.

O desenvolvimento econômico teve como consequência o crescimento do consumo por parte dos consumidores, isso se deu de tal forma que se tornou essencial instituir uma lei que protegesse o consumidor, haja vista o auto grau de vulnerabilidade que se estabelece em uma relação consumerista. Desse modo foi instituído a legislação específica para tutelar tais situações, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), com o fulcro de proteger os consumidores e tutelar os vínculos de maneira ampla.¹⁴²

A economia capitalista liberal foi estrutura basilar para a criação dessa proteção, notando essa disparidade das relações entre consumidores e fornecedores de bens e serviços o legislador cria a lei 8.078/1990. O Código do Consumidor foi criado também com o intuito de refrear a autonomia privada e obstruir possíveis abusos de agentes

¹³⁹ SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184. 2009. Disponível em: . p. 170. Acesso em: 15 out. 2018

¹⁴⁰ Id. Ibid.

¹⁴¹ SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184. 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/36/34>. p. 170. Acesso em: 15 out. 2018

econômicos frente aos consumidores. Como não havia como colocar o consumidor no mesmo patamar que o fornecedor, haja vista a desigualdade existente entre ambos, a legislação tratou de tutelar sobre os direitos do consumidor, preocupando-se não só com a integridade econômica do consumidor como com a integridade físico psíquica do tutelado, em razão da fragilidade do consumidor diante do mercado de consumo.¹⁴³

A legislação brasileira determina condutas de transparência e de boa-fé nas relações de consumo.¹⁴⁴ Sendo assim o indivíduo consumidor detém a prerrogativa e a faculdade de obter informações reais e precisas, com relação aos produtos e serviços¹⁴⁵ e, principalmente, à informação sobre o credor, certificando direitos exclusivos ao consumidor nos contratos atinentes ao crédito de consumo.¹⁴⁶

Na intenção de eliminar excessos e sanções contratuais desarrazoadas, o Código prevê um valor máximo para a cláusula penal moratória. Juntamente com outras leis o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado como instrumento para equalizar as relações entre fornecedor e consumidor, sendo um meio de justiça social imprescindível e de significativa importância. Contudo, os consumidores nem sempre conseguem gerir seus gastos e acabam por assumir uma dívida superior à sua renda. Somando-se a essa situação bastante comum temos o fato da inclusão das altas taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, e que por consequência acaba por levar o consumidor a uma situação de superendividamento.¹⁴⁷

Claudia Lima Marques chama a atenção para a vulnerabilidade agravada dos analfabetos, que apresentam dificuldade de compreender as informações e os riscos inerentes à contratação de crédito. Segundo dados do IBGE, temos aproximadamente 8,3% de brasileiros analfabetos (13 milhões) e 17,8% de analfabetos funcionais (com 4 anos de estudo), totalizando mais de 25% de analfabetos dentre aqueles com mais de 15 anos de idade. No que tange à instrução, quase metade da população brasileira (49,25%)

¹⁴³ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Dissertação de mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 19

¹⁴⁴ Art. 4º, caput, inciso III do Código de Defesa do Consumidor

¹⁴⁵ Art. 6º, III, Código de Defesa do Consumidor

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴⁷ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Dissertação de mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 16

com 25 anos ou mais não tem o ensino fundamental completo, percentual que representa 54,5 milhões de brasileiros.¹⁴⁸

A heterogeneidade dos consumidores e de seus interesses suscita forte críticas quanto à eficácia da informação e da educação financeira na prevenção do superendividamento, em razão da dificuldade de processar as informações, especialmente quando muito abrangente ou em grandes quantidades, e da falta de idoneidade da informação.

O fortalecimento dos deveres de informação, aconselhamento e educação financeira também é insuficiente na prevenção do superendividamento quando considerada a racionalidade limitada dos consumidores, que, de modo geral, tendem a subestimar os riscos de endividamento excessivo e a comportar-se de maneira otimista em relação a capacidade de pagamento. Além disso, a quantidade excessiva de informações pode dificultar a decisão do consumidor que não está em condições de selecionar as mais relevantes ou que só poderá tomá-la com custos exorbitantemente mais altos do que seu parceiro contratual.¹⁴⁹

Nesse contexto, um modelo liberal como o europeu, baseado na informação e na educação financeira, revela-se insuficiente para a proteção dos consumidores brasileiros. Veremos, a seguir, que a atualização do CDC no PL 283/2012 optou por um modelo de regulação em que prepondera a dimensão social e não racional do consumidor.¹⁵⁰

Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor de acordo com a doutrina é incapaz de deliberar acerca do fenômeno do superendividamento das pessoas físicas por si só, sendo essencial a instituição de outros instrumentos jurídicos para solucionar esse problema.

4.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao superendividamento.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴⁹ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Dissertação de mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 16

¹⁵⁰ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Dissertação de mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 19

A lei 8.078 de 1990¹⁵¹ trata sobre o descumprimento do acordo pactuado por razões adversas. No Art. 6º inciso V do Código de Direito do Consumidor existe a previsão sobre alterações em cláusulas contratuais que apresentem uma desproporcionalidade entre o fornecedor e o credor, ou em situações que tornem o adimplemento da dívida mais oneroso, no caso de imprevisibilidade de fenômenos.

No Art. 51 do mesmo enunciado normativo existe uma disposição acerca dos casos que oportunizam as nulidades das cláusulas contratuais, em seu conteúdo apresenta-se a ideia de que deve ser separado o excesso de desvantagem em relação ao consumidor, o artigo fixa como exagero circunstâncias que se apresentem extremamente onerosas.¹⁵²

O objetivo deste trabalho é dar azo ao debate sobre as circunstâncias em que o superendividamento do consumidor é utilizado como forma para motivar o descumprimento contratual. Cabe lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não possui em seu teor um tratamento específico para o instituto do superendividamento.¹⁵³

Observando as normas de revisão contratual no Direito do Consumidor que se apresentam ao longo da lei 8.078 de 1990, sendo aplicadas ao superendividamento, existem alguns pontos de devem ser analisados.¹⁵⁴

O Código do Direito do Consumidor determina, primeiramente, que as cláusulas contratuais que apresentem desproporcionalidade podem ser submetidas à revisão contratual, em regra. O escopo de tal enunciado é garantir o equilíbrio contratual, considerando a conjectura de uma vulnerabilidade do consumidor frente aos preceitos e mandados negociais.

A mudança no conteúdo das cláusulas não pode ter como garantia, plena e de direito, o superendividamento do consumidor, visto que esse fenômeno pode acontecer por situações alheias ao instrumento contratual.¹⁵⁵ Portanto, o instituto do

¹⁵¹ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em: 23 de set de 2018.

¹⁵² CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁵³Id. Ibid.

¹⁵⁴ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁵⁵ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

Superendividamento não pode ser dado sempre como fundamento para a alteração das cláusulas negociais se este estiver sob a estrutura basilar da boa-fé, apresentando uma informação clara e adequada, não possuindo cláusulas abusivas.¹⁵⁶

O fenômeno do superendividamento do consumidor nem sempre poderá ser apresentado como fundamento para alteração das cláusulas contratuais se este estiver sido acordado com base no Princípio da boa-fé, apresentando informações de maneira nítida, clara, objetiva e adequada, não possuindo cláusulas abusivas.¹⁵⁷

A especificação do fenômeno do superendividamento é possível quando na revisão das cláusulas contratuais supervenientes na relação negocial o adimplemento de uma obrigação se torna demasiadamente oneroso. Contudo o superendividamento em si não fere o crescimento extremado do cumprimento obrigacional. A incidência nesse caso diz respeito a situações que levam o devedor ao cumprimento obrigacional de maneira excessivamente onerosa, fazendo com que a relação contratual se torne desproporcional e acabe por necessitar de revisão das cláusulas abusivas.¹⁵⁸

Ao final da década de noventa ocorreu um fenômeno dos pleitos revisionais massificados dos contratos de financiamento, que fixaram padrões de reajuste ao dólar no Brasil. Nesse período a valorização da moeda americana cresceu exponencialmente em razão da política de governo de liberação das taxas de câmbio, juntamente com a desvalorização da moeda brasileira alteraram significativamente as capacidades de adimplemento das dívidas pelos consumidores. Reconheceu-se a presença da onerosidade excessiva e passou-se a prever a possibilidade do uso do instituto da revisão contratual, retirando, assim, o caráter excessivo de algumas cláusulas. Cabe lembrar que as decisões tiveram como fundamento a onerosidade imposta ao consumidor, desse modo a observação da possibilidade ou não de sua ocorrência torna-se desnecessária.¹⁵⁹

No que tange o fenômeno do superendividamento, existe uma certa disparidade que possivelmente irá dificultar as chances de adimplemento das prestações na forma que foram acordadas no instante da celebração contratual. Quanto ao valor estipulado pelas

¹⁵⁶ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁵⁷ Id. Ibid.

¹⁵⁸ Id. Ibid.

¹⁵⁹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

prestações não há fato que as altere, do mesmo modo também não há fato que mude as sanções impostas em caso de não cumprimento da obrigação.¹⁶⁰

Quanto a validade das cláusulas o CDC dispõe acerca da possibilidade das nulidades das cláusulas contratuais que causam prejuízo ao consumidor, e que impossibilite o cumprimento das prestações acordadas, em razão do aumento da onerosidade.¹⁶¹

4.5 Superendividamento passivo e ativo.

Existem duas espécies de superendividamento conforme a doutrina majoritária: o superendividamento ativo e o superendividamento passivo. Essa divisão considera a responsabilidade que o consumidor possui em relação ao endividamento, haja vista que mesmo os consumidores em posição de vulnerabilidade apresentam um relativo conhecimento das consequências negativas do consumo em excesso.¹⁶²

O superendividamento ativo acontece quando o consumidor colabora de maneira direta para o acúmulo de dívidas, isto é, ao não organizar as obrigações avençadas dá-se origem a uma quantidade excessiva de créditos com relação aos frutos efetivos e almejados; quando passivo o fenômeno do superendividamento o consumidor se vê endividado por circunstâncias além da sua vontade, isto é, fatos supervenientes, como, por exemplo, desemprego, divórcio, diminuição de salário, acidente, etc., que venham a prejudicar a disponibilidade do reembolso do devedor, e dessa maneira, o sujeito fica impedido de cumprir com as obrigações avençadas.¹⁶³

Desse modo, quando o indivíduo que se encontra na posição de consumidor de maneira ampla e espontânea abusa do crédito usando-o em excesso, sobejando as possibilidades da sua renda e orçamento, passa a existir o superendividamento em seu caráter ativo. Em um cenário que apresente o superendividamento passivo, o princípio

¹⁶⁰ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁶¹ Id. Ibid.

¹⁶² OLIVEIRA, Juliana Andrea. O superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução. Programa de Pós-graduação em Direito UCP, Revista Lex humanas. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2011. p. 6

¹⁶³ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19

nessa espécie de fenômeno não está no abuso do crédito ou no mau gerenciamento do orçamento, mas sim de uma circunstância superveniente da vida, como, por exemplo, desemprego, redução de salários, enfermidades crônicas, divórcio, acidentes, mortes, etc. nesse caso o consumidor não contribui de forma direta para o não cumprimento geral de suas obrigações.¹⁶⁴

É importante lembrar que o agente que se encontra na posição de consumidor sempre deve atuar movido pelo Princípio da Boa-fé, seja em circunstâncias de superendividamento ativo ou passivo, não sendo desse modo poderá ele ser responsabilizado pelos abusos que eventualmente vier a praticar, em caso de má-fé.¹⁶⁵

Com o surgimento do não cumprimento obrigacional o fenômeno do endividamento passa a ser um problema, tornando-se de maior gravidade quando a renda familiar não suporta as obrigações financeiras, isto é, quando há superendividamento.¹⁶⁶

Existe no Direito francês uma distinção entre superendividamento ativo e superendividamento passivo, que teve sua gênese a partir da jurisprudência. Compreende-se que o fenômeno do superendividamento passivo resulta de uma diminuição superveniente da renda do consumidor, junto com eventos imponderáveis ao tempo em que as obrigações foram acordadas: desemprego, acidentes, divórcio, óbito do cônjuge, etc. Já o superendividamento em sua face ativa, provem de um acúmulo de débitos cujo total é excessivo, com base na renda do consumidor.¹⁶⁷

Isto posto, o fenômeno do superendividamento ativo se divide em duas partes: o superendividamento ativo consciente e o inconsciente. No endividamento consciente o consumidor adquire débitos no intuito de adimpli-las, ou seja, o indivíduo estabelece um acordo eivado de má-fé, sabendo que não existe a possibilidade de haver reclamação do crédito.¹⁶⁸

¹⁶⁴ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Juliana Andrea. O superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução. Programa de Pós-graduação em Direito UCP, Revista Lex humanas. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2011. p. 10

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Juliana Andrea. O superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução. Programa de Pós-graduação em Direito UCP, Revista Lex humanas. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2011. p. 10

¹⁶⁷ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p.21

¹⁶⁸ MARTINS DA COSTA, Geraldo Faria. Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.78

No que concerne o fenômeno do superendividamento ativo inconsciente está vinculado a falta de controle e gestão dos dispêndios dos consumidores, ocasionando um amontoamento de dívidas. Desse modo, o indivíduo se obriga de boa-fé, isto é, o devedor tem o intuito de quitar seus débitos, contudo acaba perdendo o controle sobre os seus gastos, em razão da falta de organização ou por uma queda nos seus orçamentos, o que eleva o valor e a quantidade da dívida.¹⁶⁹

Diante dos óbices econômicos do fenômeno do superendividamento, o ordenamento jurídico tem a obrigação de organizar meios eficientes de tutelar o consumidor superendividado nos diversos âmbitos do mercado de consumo.

4.6 O crescimento do crédito no Brasil.

O Brasil não guardou semelhança com outras nações no que toca as relações de crescimento da demanda creditícia, visto que no caso brasileiro o fenômeno do crescimento do crédito não estava ligado diretamente com a desregulamentação da taxa de juros. No entanto, o Brasil eliminou o limite das taxas de juros cobrados pelos bancos durante o período dos anos 70, seguindo, assim, uma demanda internacional¹⁷⁰. O expurgo dos juros veio juntamente com a consolidação jurisprudencial juntamente com o STF acerca do entendimento do decreto 22.626 de 1933 e a lei 4595 de 1964 que gerou a edição da Súmula número 596¹⁷¹.

A demanda de crédito para pessoas físicas, contudo, teve sua ampliação em 2005¹⁷², impulsionada pela disseminação do empréstimo consignado, que passou a ser uma das principais modalidades de concessão de crédito. Com a adoção de medidas, com a redução do percentual de recolhimento dos depósitos compulsórios e a redução de IOF, as taxas de juros para pessoas físicas, que eram as mais elevadas, experimentaram uma queda sensível, passando a surtir efeitos paulatinamente no volume de crédito concedido. Outras medidas com maior transparência nas operações financeiras, reformulação das

¹⁶⁹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p. 21

¹⁷⁰ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. 277f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 54.

¹⁷¹ Id. Ibid.

¹⁷² Id. Ibid.

centrais de risco para melhorar a abrangência e a qualidade das informações, bem como a criação de regras para que as instituições financeiras classifiquem as operações¹⁷³.

A ampliação das operações com garantia de desconto em folha de pagamento que foram estendidas aos trabalhadores da iniciativa privada, aposentados e pensionistas do INSS pela lei 10.820 de 2003, também foi responsável pela redução do *spread* bancário, já que as taxas praticadas são controladas e o risco da operação é menor¹⁷⁴.

Os contratos comuns e de crédito apresentam muitas semelhanças com relação à validade, contudo, nos contratos de crédito é importante observar quem é o indivíduo autorizado para ser contratante, para além de ser maneado por normas espalhadas, alicerçadas pelo BACEN (Banco Central do Brasil)¹⁷⁵

O crédito é um oportuno recurso que oferece ao sujeito consumidor um montante que não o pertence, e que, contudo, será quitada mais adiante, concorrendo para a melhoria da qualidade de vida do consumidor e de sua família.¹⁷⁶

O propósito do indivíduo que conta com o recurso do crédito é satisfazer desejos que vão para além daquilo que é necessário, sujeitando-se a um princípio de caráter utilitarista, valorando, assim, um prazer imediato, estando vinculado a uma ampliação do crédito no mercado de consumo, mas não corresponde em grande parte as situações. Em seus primórdios o recurso creditício apresentou-se por um longo período vinculado à compra de equipamento para o lar para o conforto básico das famílias. Posteriormente, abarcou-se outra espécie de despesa mais difusa como instrumento de antecipação de rendimentos.¹⁷⁷

O fenômeno do crédito em massa no mercado de consumo permitiu a possibilidade de compra de bem ou de usufruto na prestação de serviço, sem dispor do seu salário de maneira imediata para isso. O recurso do crédito tem caráter hedonista, mas efêmero, pois apresenta uma satisfação instantânea ao sujeito que consome o bem ou o

¹⁷³ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. 277f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 54.

¹⁷⁴ Id. Ibid. p.58

¹⁷⁵ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. 277f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 60.

¹⁷⁶ Id. Ibid.

¹⁷⁷ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p. 21

serviço. Entretanto, existe outro efeito do fenômeno creditício que se encontra acaçapado, qual seja, o anseio em que as pessoas têm de transladar a outrem a administração e a contenção dos seus orçamentos.¹⁷⁸

O Coeficiente econômico que possibilitou uma ampliação acentuada do crédito de consumo possui uma relação com a diminuição da poupança, com a criação de expectativas favoráveis no que tange ao crescimento futuros dos rendimentos familiares.¹⁷⁹ O estilo de vida e os privilégios valorados pelos consumidores são provocadores da crescente procura pelo recurso creditício, além de outras dimensões.¹⁸⁰

Preliminarmente, o crédito ao ser trivializado deixou de apresentar a ideia pejorativa de que só era utilizado por pessoas de baixa renda, principalmente nos grandes círculos urbanos. A massiva publicidade e o sistema proveniente das instituições financeiras para a consecução de uma nova clientela (folhetos publicitário de instituições bancárias, anúncios, linhas telefônicas de atendimento, serviços ofertados pela internet) dá ensejo a essa banalização, para que os sujeitos consumidores utilizem mais crédito e com mais frequência para aquisição de bens cada vez mais variados. De mais a mais, o instrumento creditício passou a apresentar um sentido social, que vai para além dos benefícios materiais de poder de compra adicional e da realização das necessidades de consumo¹⁸¹.

O crédito de consumo dá aos indivíduos de certa maneira um status na sociedade atual, uma vez que ser adulto remete a possibilidade de ter de usar crédito, muitas vezes, transmitida em campanhas publicitárias que trabalham para atrair os jovens para utilizar o crédito, promovendo uma camuflagem das categorias sociais consentindo ao indivíduo a possibilidade de adotar um estilo de vida superior à classe que ele provém¹⁸².

No mercado de consumo e na sociedade contemporânea de maneira geral o crédito passou a ter significativa função visto que possibilitou ao indivíduo cumprir com os compromissos básicos do dia a dia, já que muitos se oneram para quitar as dívidas mensais correntes. Destarte, o fenômeno do superendividamento que teve sua gênese na

¹⁷⁸ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p. 21

¹⁷⁹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p. 23.

¹⁸⁰ Id. Ibid.

¹⁸¹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p.28

¹⁸² Id. Ibid.

ampliação da concessão insipiente e imponderada do instrumento creditício, fenômeno que é intrínseca às sociedades contemporâneas de massa. Tanto o fenômeno do superendividamento quanto o crédito devem ser tratados conjuntamente, como fundamento e efetivação do novo modelo de sociedade de contemporânea de consumo¹⁸³.

Outro elemento que o fenômeno do superendividamento ocasiona é retração da estabilidade matrimonial e uma ampliação na taxa de divórcios. Essa é uma seqüela que traz resultados negativos no adimplemento das obrigações originada delas¹⁸⁴.

4.7 O descumprimento obrigacional e o fenômeno do Superendividamento

É de grande importância ao estudar a extensão do âmbito do fenômeno do superendividamento e procurar saber como esses consumidores e grupos de riscos afetados por esse sintoma se disseminam. Desse modo, pode-se caracterizar as formas de superendividamento ou grupos de inadimplentes variando em graus, do menor ao maior risco, tanto no inadimplemento, como no superendividamento¹⁸⁵.

É considerado grupo de menor risco os núcleos familiares que possuem crédito de habitação que se encaixa em suas rendas de maneira a não onerar excessivamente, esse modelo é denominado modelo de endividamento imobiliário¹⁸⁶.

O superendividamento trata-se de um fenômeno de caráter global, na medida que abarca uma grande porção da sociedade de consumo, atingindo consumidores de classe média, após a ampliação do modelo de empréstimo consignado, quanto os consumidores de classe pobre e aposentados¹⁸⁷.

Invariavelmente, o enunciado normativo estabelecido para tutelar situações que se enquadram no fenômeno do superendividamento na França alberga que o ato de inadimplir cometido pelo consumidor se trata de problema social, que vai além das barreiras de interesses individuais e, desse modo, importa à sociedade¹⁸⁸. Patentemente,

¹⁸³ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p.28

¹⁸⁴ Id. Ibid.

¹⁸⁵ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Editora Almedina, 2000. p. 30

¹⁸⁶ Id. Ibid.

¹⁸⁷ AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. O superendividamento do consumidor. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17597/o-superendividamento-do-consumidor/2> acesso em: 08 nov. 2018

¹⁸⁸ Id. Ibid.

o pedido de revisão contratual feito em razão do fenômeno do superendividamento terá por objeto a todas as dívidas do consumidor e não só um débito preciso¹⁸⁹.

Nessa esteira afirma Brunno Pandori Giancoli:

“Trata-se, em verdade, de uma hipótese de revisão concursal, na qual os interesses dos credores não serão ignorados, mas são tratados de maneira subsidiária, justamente para proteger aquele que se encontra em situação de fraqueza à beira da indignidade.”¹⁹⁰

4.8 Superendividamento na área empresarial

A atividade econômica é exercida pela Empresa por meio da organização de bens e pessoas, contudo, ela não está restrita aos interesses do empresário; de maneira geral todos os que fazem parte da execução e dos reflexos da atividade empresarial são dotados de uma certa espécie de interesse em preservar tal atividade. Essa necessidade ocorre em razão da crise ser um fato inerente ao mecanismo da livre iniciativa a atividade, e aquele, pessoa jurídica ou pessoa física, que fazem uso da livre mercado traz pra si as áleas de uma crise econômico-financeira¹⁹¹.

A bilateralidade e a reciprocidade são características dos vínculos contratuais nas relações de consumo, isso significa que o fornecedor de bens e serviços não tem uma obrigação para com o consumidor sem uma contraprestação. Os Princípios da boa-fé e do equilíbrio entre as partes são corolários do Código de Direito do Consumidor, sendo que esses Princípios mantem o congraçamento e a harmonia das relações consumeiristas. Em âmbito econômico fornecedores de bens e serviços e consumidores são de extrema importância, haja vista sua assistência ser direcionada ao sustento das necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico do país¹⁹².

¹⁸⁹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000. p. 33

¹⁹⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 110.

¹⁹¹ GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. p. 161

¹⁹² SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 14

A finalidade do exercício da atividade empresarial é garantir a circulação de bens e serviços visando proventos e o consumidor tem influxo direto no mercado econômico, já que os processos produtivos operam consoante a consumos. Apesar de os sujeitos consumidores estarem submetidos as condições dos fornecedores de bens e serviços, são as demandas dos consumidores que irão garantir o contínuo do exercício mercadológico¹⁹³.

Ainda que o fenômeno do superendividamento não se apresente como motivação direta de crises empresariais, tanto o endividamento ocasionado pelo inadimplimento do devedor quanto a perda do mercado de consumo são possíveis riscos que juntamente com outros fatos de interesse do empresário pode ocasionar uma crise empresarial, que pode ser transferida para os demais âmbitos econômicos do corpo social¹⁹⁴.

Na sociedade contemporânea os padrões de atuação apresentam um consumo de caráter irrestrito. Os consumidores no Brasil compram de maneira acentuada e exasperada, selam acordos que podem vir a embaraçar e avariar a renda familiar e como consequência o cumprimento da dívida. Em decorrência disso ampliou-se a quantidade de consumidores inadimplentes e o modelo do superendividamento¹⁹⁵.

O aumento da inadimplência torna-se um considerável tormento a atividade empresarial, fazendo com que as empresas, ainda que titulares do Poder econômico, diminuam seus negócios. Tal circunstância, além de gerar uma redução dos negócios, ocasionou o crescimento da taxa de juros, que tornou mais difícil para os consumidores cumprirem seus acordos, e o que fez sobrevir um aumento dos preços para aquisição de bens e serviços em razão da inadimplência dos consumidores¹⁹⁶.

¹⁹³ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁹⁴ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁹⁶ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

A ausência de organização das finanças do consumidor é por óbvio a maior causa do superendividamento, situação na qual o indivíduo assume uma obrigação atrás da outra, demandando muito de suas finanças pessoais e familiares, e impossibilitando o adimplemento de seus débitos, acarretando assim um dano ao fornecedor de bens e serviços, trazendo risco ao escopo da atividade em si que é o lucro. Salvar o consumidor nessa posição de vulnerabilidade é de suma importância, contudo não deve afligir atuação empresarial se esta caminha em conformidade com as normas de caráter principiológicos que direcionam o Código de Defesa do Consumidor. Cabe lembrar da dimensão e valia do fornecedor de bens e serviços dentro das relações de consumo, na medida em que este atua de forma imprescindível no meio econômico, na geração de empregos, no pagamento de tributos e na geração de riquezas¹⁹⁷.

A boa-fé como norma de caráter principiológico é vínculo de confiabilidade entre os sujeitos da relação de consumo, é o liame essencial para a existência de uma relação equilibrada entre fornecedor de bens e serviços e o indivíduo que consome. O liame obrigacional de caráter recíproco entre os sujeitos nessa espécie de relação dá-se no momento da exata celebração por meio de instrumento contratual. O fornecedor tem que cumprir sua parte do que foi avençado, contudo o fornecedor também tem a prerrogativa de exigir que o devedor cumpra o que lhe cabe no acordo¹⁹⁸.

O inadimplemento por parte do devedor dá ao fornecedor a prerrogativa de utilizar meios para forçar o consumidor a adimplir a sua dívida, nesse conjunto de mecanismos para obrigar o devedor a cumprir o acordado encontra-se as multas e os juros que irão recair sobre o débito, a possibilidade de protesto do título de crédito, colocando o nome do devedor no cadastro de proteção ao crédito e executá-lo judicialmente¹⁹⁹.

Esse fenômeno do endividamento é um efeito encadeado, que não só causa dano ao sujeito consumidor, comprometendo sua renda e de sua família, como também perturba e aflige na obtenção do logro e do proveito das empresas, dificultando dela atuação no mercado, conquanto o lucro é seu escopo por excelência na atividade empresarial. O superendividamento, portanto, enfraquece a economia comprometendo a

¹⁹⁷ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁹⁸ Id. Ibid.

¹⁹⁹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

possibilidade de adimplemento obrigacional. Ao mesmo tempo que esse fenômeno em questão compromete as finanças e a subsistência do devedor e de sua família, conjuntamente prejudica a estabilidade econômica, com o não cumprimento dos encargos trabalhistas, tributárias, entre outros²⁰⁰.

No instante da avença contratual o fornecedor deve atentar-se a possibilidade de adimplemento obrigacional pelo consumidor e se existe uma real capacidade de cumprimento desse compromisso, caso não o faça estará em desacordo com o princípio da boa-fé e deverá ser responsabilizado. Nesse diapasão, ao celebrar um contrato de má fé o consumidor perde a proteção e amparo legal pelas vias judiciais oferecido pelo Estado aos consumidores de boa-fé²⁰¹.

Para o consumidor de boa-fé e superendividado é imprescindível a criação de normas que tutelem esta ocorrência, gerar instrumentos administrativos e jurídicos que assegurem o adimplemento da dívida, assim como acontece em países como Estados Unidos e França, contudo, sem atingir os direitos do agente que fornece produtos e serviços, que agiu em observância dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor²⁰².

4.9 A proposta do anteprojeto de reforma do CDC no Brasil.

Ao contrário de países como França e Estados Unidos, o ordenamento jurídico brasileiro não criou um dispositivo normativo que regule e tutele os efeitos do fenômeno do superendividamento. Há, no entanto um debate acerca do Projeto de Lei nº 283/2012, que tem por objetivo adicionar medidas para a tutela do consumidor superendividado no Código de Defesa do Consumidor²⁰³.

²⁰⁰ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁰¹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁰² Id. Ibid.

²⁰³ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Uma Comissão foi nomeada em dezembro de 2010 e designada para criar um anteprojeto de reforma do Código de Direito do Consumidor, a Comissão foi composta pelo Ministro do STJ Herman Benjamin, a jurista Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques, relatora geral do anteprojeto, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁰⁴.

A intenção é fazer com que o Estado se responsabilize frente ao fenômeno do superendividamento, exercendo uma tutela e tratando desse instituto como forma de desequilíbrio econômico individual, o que já é um grande avanço em direção a tutela desse instituto²⁰⁵.

A criação desse anteprojeto tem por intuito oferecer ao indivíduo superendividado opções e formas de cumprimento de suas obrigações de maneira produtiva, ensejando uma política social que valore a dignidade da pessoa humana e dos outros princípios que a acompanham²⁰⁶.

O Projeto de lei do Senado 283/2012 irá tratar sobre o instrumento do crédito ao sujeito consumidor e sobre a prevenção ao evento do superendividamento. Determinada propositura tem origem nas atividades da Comissão que apresentou sugestões para a melhoria e progresso do conjunto normativo do CDC, em vigor desde 11 de março de 1991²⁰⁷.

O PLS 283/2012 determina o conceito do fenômeno em questão, nele o superendividamento “ comprometimento de mais de 30% da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto das dívidas não profissionais, exigíveis e

²⁰⁴ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

²⁰⁵ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 74.

²⁰⁶Id. Ibid.

²⁰⁷ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo”²⁰⁸.

O Projeto de lei em questão tem como pedra de toque o Princípio da boa-fé, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da função social do crédito do consumidor. A presente proposta trata sobre a possibilidade de realização de conciliação entre consumidor e fornecedor de bens e serviços, de acordo com o Art. 104-A do presente projeto. O referido enunciado normativo também apresenta a previsão de mudanças no CDC para melhorar a matéria sobre instrumento de crédito e instrumentalizar a prevenção do fenômeno do superendividamento²⁰⁹.

Dentro do Projeto lei de mudança do Código de Defesa do Consumidor existe uma importante proposta de criação de uma legislação específica para tutelar situações de superendividamento é o denominado de “formalismo informativo”, que é compreendido como uma forma ou mecanismo técnico utilizado para a regulação contratual de crédito, de maneira a aplicar um equilíbrio entre as partes contratantes, sendo que o fornecedor está em situação mais favorável na relação de consumo, visto que o sujeito consumidor encontra-se em posição vulnerável.

Nesse sentido, corrobora Marília de Ávila e Silva Sampaio:

“Partindo das normas já existentes no CDC, incorporam-se algumas novas obrigações de informação, criando a figura do assédio de consumo, protegendo de forma especial os consumidores idosos e estabelecendo regras básicas para publicidade de crédito. A proposta inclui também a solidariedade entre fornecedores de crédito e seus intermediários e estabelece a coligação ente o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e o contrato de crédito ao consumidor, a par de estabelecer a proteção de um mínimo existencial do devedor, especialmente quando o pagamento envolver autorização prévia para débito direto em conta corrente, consignação em folha de pagamento ou qualquer outro meio que implique reserva de remuneração do devedor para pagamento. A exemplo do direito francês a proposta estabelece um prazo para que o devedor possa se arrepender do crédito consignado e cria patamares de boa-fé e conduta

²⁰⁸ CASTRO, Augusto; VILAR, Isabela. Aprovadas normas de proteção ao consumidor e combate ao superendividamento. Publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/aprovado-projeto-que-altera-codigo-dedefesa-do-consumidor-e-combate-o-superendividamento>. Acesso em: 20. Out. 2018

²⁰⁹ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=>.

responsável para a implantação do imperativo constitucional da defesa do consumidor.”²¹⁰

Na publicidade das relações de consumo a sugestão proposta pela comissão é a complementação do Art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, no intuito de oferecer uma proteção maior para o consumidor no instante da celebração contratual creditícia, acrescentando ao Art. 36 § 2º além das informações já obrigatórias “a publicidade de crédito ao consumidor deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total e a soma total a pagar, com e sem financiamento”²¹¹.

Ainda sobre o tema, cabe lembrar que a redação sugerida revogaria a súmula 381 do STJ, que estabelece que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade das cláusulas”. A aludida súmula conflita com a decisão do STF sobre a ADIn 2591, que reconheceu a aplicação do Código do Consumidor as Instituições bancárias²¹²

No que tange a proposta o que se apresenta é a possibilidade de reinserir o devedor superendividado na economia e no mercado, considerando a estrutura basilar do princípio da dignidade humana, para que seja lhe assegurado uma vida digna²¹³.

Compreende Henrique Suhadolnik Silveira:

“O país caminha no sentido de conferir atenção especial ao tema. No entanto, o que se observa é apenas a reforma do Código de Defesa do Consumidor, em tramitação no Senado Federal, tendência divergente daquela adotada pela maioria dos modelos estrangeiros e pode representar, ao contrário de avanços, entraves à sobrevivência empresarial.”²¹⁴

²¹⁰ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

[http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=.](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=)

²¹¹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. P 228. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219- 232.

²¹² SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. P 228. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219- 232.

²¹³ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. P.

4.10 Dos aspectos jurisprudenciais

Ao final do que foi ponderado torna-se importante analisar o material presente na jurisprudência que trata sobre o assunto. Trata-se de uma previsão do STJ, um RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.501 - SP (2015/0252870-2)

RECURSO ESPECIAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF.

1. Validade da cláusula autorizadora de desconto em contracorrente para pagamento das prestações do contrato de empréstimo, ainda que se trate de conta utilizada para recebimento de salário. 2. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração líquida percebida pelo devedor, após deduzidos os descontos obrigatórios (Previdência e Imposto de Renda). 3. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. Doutrina sobre o tema. 4. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.²¹⁵

A jurisprudência em questão se trata de um Recurso Especial interposto pelo Banco Santander Brasil S/A em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. A parte demandante acordou com a instituição financeira a renegociação de uma dívida de R\$ 122.209,2, na modalidade de empréstimo consignado, a ser quitado de modo parcelado em 72 vezes no valor R\$ 1.697,35. Contudo esse valor é equivalente a totalidade da aposentadoria recebida pela recorrida, no valor R\$ 1674,91, nada restando para a subsistência da aposentada. Diante dessa circunstancia a ora recorrida ajuizou uma ação de revisão contratual, na pretensão de obter uma limitação de 30% dos seus proventos líquidos. Sendo o pedido de limitação do desconto julgado procedente pelo juízo *a quo* o demandante interpõe o Resp. pretendendo o restabelecimento da integralidade do valor dos descontos.

Abordando a situação em questão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o fenômeno do superendividamento relaciona-se de maneira direta com o

²¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Publicado em: 13 out. 2016. Disponível em: http://files.deciso.es.com.br/pdf_sincronismo/STJ_1584501.pdf.

princípio em riste. Sendo o instituto do superendividamento uma preocupação constante do Direito do Consumidor na contemporaneidade em decorrência da facilidade de crédito. Apesar da existência de um projeto de lei sobre o tema, as soluções para esse fenômeno do superendividamento dos consumidores têm sido resolver tal problema pela via jurisprudencial.

No caso em questão o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino determina que seja aplicada a jurisprudência que determina que os descontos devam ser limitados a 30% sobre o valor dos vencimentos da correntista. De modo a evitar que o desconto excessivo viesse a comprometer as finanças pessoais e familiares e, por conseguinte ferindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse tocante é importante dizer que a retenção integral realizada pela instituição financeira, além de constituir exercício de autotutela não permitido, configura abuso de Direito e penhora indireta de salário, vedados por lei. Por outro lado, a fixação do percentual visa evitar o endividamento irresponsável do correntista.

A jurisprudência soube proteger a integridade físico-psíquica e o Direito a saúde dos consumidores, mas ainda há muito a ser desenvolvido no que tange a esse aspecto da vulnerabilidade nos contratos de crédito ao consumidor, como se eles envolvessem apenas interesses meramente econômicos ou patrimoniais. Todavia, o risco de comprometimento das necessidades vitais do consumidor é cada vez mais frequente, de modo que é imperioso diferenciar os interesses econômicos dos interesses existenciais quando está em questão a subsistência e a dignidade do superendividado.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por fundamento análise do superendividamento, um fenômeno que traz problemas nas relações contratuais de consumo, tanto para o consumidor vulnerável e inadimplente, quanto para a parte fornecedora de bens e serviços, ocasionando problemas do ponto de vista econômico e social.

Nessa seara, foi possível observar de que maneira esse instituto surgiu, qual são as bases desse fenômeno, o período em que começou a incidir com maior força no mercado de consumo. Desse modo analisou-se também a autonomia privada dos contratos, como bases principiológica da celebração contratual e o adimplemento obrigacional, em que os indivíduos possuem liberdade para contratar com que se deseja,

contudo, essa autonomia padece de considerável interferência do Estado para inibir ou bloquear possíveis desigualdades entre consumidor e fornecedor e impedir que o desequilíbrio entre as partes influa na sociedade e na economia.

Como vimos anteriormente as bases principiológica do instituto mitigado da autonomia privada são os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, da vulnerabilidade do consumidor e valores axiológicos como o da dignidade humana. Constatou-se durante o estudo que o Projeto de Lei nº 283/2012 tramitando no Senado Federal tem por objetivo alterar o Código de Defesa do Consumidor para acrescentar dispositivos que tutelem o fenômeno do superendividamento do consumidor.

O projeto de Lei nº 283/2012 tem por escopo salvaguardar o consumidor superendividado, apresentando proposições e projetos para retirar o indivíduo consumidor dessas circunstâncias de endividamento, por meio de ações e decretos como a revisão contratual, conciliação, entre outros.

Entre os aspectos avaliados, foi possível analisar os efeitos do superendividamento na vida do consumidor e no exercício da atividade econômica e empresarial. Assim sendo, a parte que fornece produtos e serviços que atuam sob os princípios fundamentais que regem direito do consumidor, além dos deveres de informação, respeito a vulnerabilidade e a publicidade. O consumidor não deve padecer por tal fenômeno sem o devido cuidado e orientação por meio de uma tutela do aparato estatal.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. Tutela externa do crédito. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014.

AMARAL, Francisco. Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em: 23 de set de 2018.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro.

BRASIL, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm.

Acesso em: 14 out. 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Publicado em: 13 out. 2016. Disponível em: http://files.deciso.es.com.br/pdf_sincronismo/STJ_1584501.pdf.

BENJAMIN, Antônio Herman V., p. 9. Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois, EUA, um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor e Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

CASTRO, Augusto; VILAR, Isabela. Aprovadas normas de proteção ao consumidor e combate ao superendividamento. Publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/aprovado-projeto-que-alteracodigo-de-defesa-do-consumidor-e-combate-o-superendividamento>.

Acesso em: 20 out. 2018.

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

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

DON, Slater. Cultura do consumo & modernidade. São Paulo: Nobel, 2002.

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. Contratos: Eficácia e relatividade nas ligações contratuais. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2005.

- GOMES, Orlando. Direito civil: Teoria geral dos contratos. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HYONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual, Temas atuais*. São Paulo: Editora Método, 2009
- KHOURI, Paulo Roque. 2013. Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: Atlas, 2013.
- LARENZ, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm. 1994. *Lerbuch des Schuldrecht*. Munique: C. H. : Beck, 1994.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina
- LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. *Revista Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1992.
- MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro - Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS DA COSTA, Geraldo Faria. Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Heberon. Negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Publicado em: 11 de agosto de 2015. Disponível em: . Acesso: 17 nov. 2018
- 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.

PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana, 2010. 277f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade ou autonomia privada? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos38318>> Acesso em: 11 ago. 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

RULLI NETO, Antonio. Função Social do Contrato. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Antônio Jeová. Função Social do Contrato, 2^a ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SANTOS, Antônio Jeová. Função Social do Contrato, 2004.