



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

VAGNER BRUNO CAPARELLI CARQUI

**PRINCÍPIO DO CRÉDITO RESPONSÁVEL: EVITABILIDADE DO
SUPERENDIVIDAMENTO E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA NA
SOCIEDADE DE CONSUMO**

**UBERLÂNDIA (MG)
2016**

VAGNER BRUNO CAPARELLI CARQUI

**PRINCÍPIO DO CRÉDITO RESPONSÁVEL: EVITABILIDADE DO
SUPERENDIVIDAMENTO E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA NA
SOCIEDADE DE CONSUMO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira

UBERLÂNDIA (MG)
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C299p Carqui, Vagner Bruno Caparelli, 1989-
2016 Princípio do crédito responsável : evitabilidade do superendividamento e promoção da pessoa humana na sociedade de consumo / Vagner Bruno Caparelli Carqui. - 2016.
220 f.

Orientadora: Keila Pacheco Ferreira.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Defesa do consumidor - Teses. 3. Sociedade de consumo - Teses. 4. Créditos - Teses. I. Ferreira, Keila Pacheco. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título

CDU: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

PRINCÍPIO DO CRÉDITO RESPONSÁVEL: EVITABILIDADE DO SUPERENDIVIDAMENTO E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Uberlândia/MG, 29 de fevereiro de 2016.

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira
Universidade Federal de Uberlândia
Orientadora

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
Universidade Federal de Uberlândia

Profa. Dra. Maria Paula Costa Bertran Muñoz
Universidade de São Paulo

Aos meus pais, Célia Paula e José Vagner, pelo apoio irrestrito e confiança depositada.
À minha irmã, Ana Letícia, como incentivo a pensar o Direito.
À minha orientadora, Keila Pacheco, com todo o carinho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, o agradecimento por sempre compartilharem os meus sonhos e por todo o apoio concedido.

À minha irmã, por acreditar na minha capacidade, mesmo naqueles momentos em que até eu duvidei.

À professora Keila Pacheco Ferreira, pelos seis anos de orientação, respeito e amizade. E por ser exemplo de integridade intelectual que me surpreende e me guia enquanto acadêmico. Despeço-me como orientando, mas guardo com carinho todo o conhecimento e a amizade adquirida.

Ao professor Fernando Rodrigues Martins, por elevar o nível do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia e pelo auxílio como coorientador.

À professora Maria Paula Costa Bertran Muñoz, pela disponibilidade e disposição para participar da banca de defesa do Mestrado.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, por todo o conhecimento fornecido.

A CAPES por fomentar a pesquisa e pelo apoio financeiro necessário à concretização desse trabalho.

Aos amigos do Mestrado, por todas as aflições compartilhadas.

Aos queridos Frederico Borges e Caroline Nogueira, por me acompanharem nesses dois árduos anos e por me guiarem nos momentos difíceis, sem vocês a conclusão do Mestrado não seria possível.

Ao Mestrado em Direito, por ter me apresentado uma grande amiga, Isabel.

Você vai se unir a nossa cruzada?
Você será forte e ficará comigo?
Além da barricada
Há um mundo para se ver por muito tempo?
Então junte-se à luta
E você ganhará o direito de ser livre

(Herbert kretzmer)

RESUMO

A sociedade de consumo promoveu alterações significativas no reconhecimento do indivíduo perante a sociedade. A radicalização do consumismo, possibilitada pela democratização do crédito, ampliou o acesso desses sujeitos ao mercado, sem que houvesse uma educação financeira adequada. As políticas de promoção do consumo, aliadas ao uso de mecanismos de *marketing*, promoveram uma sociedade que se consubstancia pelo consumo de bens e serviços, sem a devida regulamentação pelo Poder Público. A chamada pós-modernidade, nesse contexto, é adotada para representar essa nova fase comportamental dos consumidores, inseridos num contexto de promoção e exploração do crédito ao consumo. Em evidência, a radicalização do consumo sem a devida regulação promoveu a ampliação dos riscos relacionados à assimetria entre fornecedores e consumidores que se verifica no mercado, como o superendividamento das pessoas físicas de boa-fé. Assim, o trabalho sustenta o superendividamento como um risco decorrente da sociedade de consumo radicalizada que, ao limitar a capacidade de consumo dos consumidores superendividados, leva à privação das capacidades para o exercício de direitos. A falta de legislação específica para o tema do superendividamento abre uma lacuna na tutela desses sujeitos hipervulneráveis, impondo a necessidade de se considerar o crédito em seu aspecto tridimensional: como direito do consumidor, como dever do fornecedor e, por fim, com princípio jurídico capaz de imprimir novos contornos às relações de consumo, promovendo a tutela da dignidade de pessoa humana, como fim último do Estado Democrático de Direito. Utilizando-se o método dedutivo, com especial referência à argumentação jurídica, o trabalho tem como objetivo geral apresentar a necessidade de uma nova concepção tridimensional do crédito, necessária a proteção dos consumidores inseridos na etapa de radicalização da sociedade de consumo.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Superendividamento. Crédito responsável.

ABSTRACT

The consumer society has promoted significant changes in the recognition of the individual to society. The radicalization of consumerism that made possible by the credit democratization broadened access of these individuals to the market, with no adequate financial education. Consumer promotion policies, combined with the use of marketing mechanisms, promoted a society that is embodied by the consumption of goods and services, without proper regulation by the Government. In this context, the called Postmodernity is taken to represent this new phase of consumers behavior, in a context of promotion and exploitation of consumer credit. In evidence, the radicalization of consumption without proper regulation promoted the expansion of the risks related to the asymmetry between suppliers and consumers that exists in the market as the over-indebtedness as a risk arising from the radicalized consumer society that limits the consumption capacity of over indebtedness of individuals of "good intentions". Thus, this work approaches the over-indebtedness as a risk arising from the radicalized consumer society that limits the consumption capacity of over-indebted consumers and leads to the deprivation of the capacity to exercise rights. The lack of specific legislation for the over-indebtedness theme opens a gap in the protection of this hypervulnerable subject, imposing the need to consider the credit in your three-dimensional aspect: as consumer law, as duty of supplier, finally, as a legal principle to be able for printing new borders to consumer relations, promoting the protection of the dignity of the human person, as the ultimate purpose of the democratic rule of law. Using the deductive method, with special reference to legal arguments, this work has as main objective to present the need for a new three-dimensional design credit, necessary to protect consumers inserted in the radicalization stage of the consumer society.

Keywords: Consumer society. Over-indebtedness. Responsible credit.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
<i>FSP</i>	<i>Fresh Start Policy</i>
NCPC	Novo Código de Processo Civil
MG	Estado de Minas Gerais
Nº	Número
PL	Projeto de Lei
P.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	SUPERENDIVIDAMENTO E PÓS-MODERNIDADE: DESAFIOS À REGULAÇÃO DO CONSUMO	18
2.1	A ruptura pós-moderna: aspectos controvertidos	20
2.2	Cultura do consumo: a potência do crédito e o superendividamento do consumidor	32
2.3	Ética e moral na estrutura pós-moderna de consumo.....	42
2.4	Desafios à regulamentação da informação ao consumidor e cultura da mídia na sociedade de consumo: convergências entre a (des)informação e o superendividamento do consumidor	55
3	O RISCO NA SOCIEDADE DE CONSUMO: O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO PERDA DE CAPACIDADES.....	71
3.1	Aporte teórico do superendividamento do consumidor	75
3.2	O <i>Fresh Start Policy</i> e a Reeducação: sistemas de abordagem do superendividamento.....	91
3.2.1	Sistema do <i>Fresh Start Policy</i> : pragmatismo jurídico a serviço da economia ...	93
3.2.2	Sistema da Reeducação: leitura moral do superendividamento	98
3.3	Tutela jurídica do superendividamento do consumidor: necessidade de uma <i>lege ferenda</i> específica?	101
3.4	A vulnerabilidade agravado do consumidor superendividado.....	121
4	A TRIDIMENSIONALIDADE DO CRÉDITO AO CONSUMO: PROTEÇÃO DO <i>HOMO CONSUMERICUS</i> NA SOCIEDADE DE CONSUMO	133
4.1	Crédito como direito fundamental do consumidor de acesso ao consumo: o paradigma de acesso aos bens jurídicos.....	135
4.2	O dever fundamental do fornecedor de crédito	162
4.3	Princípio do crédito responsável: rumo a uma nova regulação das operações de crédito	175
4.3.1	A proteção do consumidor hipervulnerável sob a ótica do princípio do crédito responsável	186

4.3.2	O princípio da confiança como fator determinante para o princípio do crédito responsável	189
4.3.3	Princípio do crédito responsável: fonte de valoração e responsabilização das relações de consumo	192
4.3.4	Princípio do crédito responsável como instrumento de aplicação do direito fundamental de acesso ao crédito	195
4.3.5	A justiça contratual como fundamento do princípio do crédito responsável ...	198
4.3.6	Empréstimo consignado: a tutela dos consumidores idosos pelo princípio do crédito responsável	202
5	CONCLUSÃO	206
	REFERÊNCIAS	210

1 INTRODUÇÃO

As alterações promovidas pela sociedade de consumo levaram à modificação dos papéis dos indivíduos no cenário social e promoveram, em consequência, a transformação dos valores e dos comportamentos desses sujeitos na sociedade.

A compreensão dessas alterações perpassa pelo papel do consumo como protagonista social, em decorrência da passagem de um consumo de subsistência para um consumismo de aparência e marcado pela valorização do supérfluo.

Embora o consumo sempre estivesse associado à existência humana, a percepção do consumo como instrumento de manutenção e aceitação do indivíduo na sociedade é um acontencimento que decorre da pós-modernidade.

A pós-modernidade, nesse contexto, é tratada como uma etapa histórica em que se sedimenta uma cultura do consumo que promove a inclusão do indivíduo de acordo com as suas capacidades econômicas.

O protagonismo do consumo na vida dos consumidores é a primeira característica da sociedade de consumo radicalizada, que leva a problemas econômicos como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Nesse cenário, compreender a modificação ocasionada pelo advento da sociedade de consumo é necessário para entender quais são os desafios de regulação do direito na pós-modernidade.

A tutela dos consumidores deve ser analisada em consonância com a própria evolução do consumo e suas implicações para a vida dos indivíduos inseridos no contexto social de exploração econômica possibilitada pela democratização do crédito.

É na etapa histórica da passagem do consumo de subsistência para o consumismo de aparências que se estabelece a vinculação do trabalho ao conceito de pós-modernidade, como etapa que estabeleceu mudanças significativas nos padrões de consumo e que ocasionou, em consequência, problemas como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

O trabalho, portanto, pretende demonstrar que a modernidade não foi capaz de prever determinados comportamentos sociais relacionados ao consumo e que, em decorrência disso, estamos vivenciando o pós-moderno.

Assim, o primeiro capítulo pretende estabelecer a relação existente entre o superendividamento dos consumidores e a pós-modernidade e demonstrar quais seriam os desafios à regulação do consumo nesse cenário.

Para tanto, levanta a questão da pós-modernidade como etapa de transformação das relações sociais, apresentando suas principais características e influências na vida dos indivíduos.

Embora o conceito de pós-modernidade carregue uma diversidade de entendimentos e críticas, o trabalho não se vincula a uma posição específica e nem a ideia de superação da modernidade, mas apenas dialoga com a possibilidade de que momentos históricos não possuem caráter linear, o que significa dizer que, sobre determinados aspectos, a pós-modernidade reflete novos contornos às atitudes dos indivíduos.

Se na modernidade o consumo se relacionava a um planejamento econômico e financeiro por parte dos consumidores, na pós-modernidade os indivíduos passaram a consumir com imediatismo e sem um planejamento adequado das possibilidades de adimplência das aquisições realizadas.

Como efeito desse consumismo cíclico e imediatista, a crescente inadimplência dos indivíduos ocasionou o surgimento de problemas como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Assim, na perspectiva do trabalho, o superendividamento é compreendido como um efeito decorrente das alterações dos comportamentos dos indivíduos relacionados ao consumismo que, junto à democratização do crédito, possibilitou o aparecimento de um contexto de insolvência em massa.

A sociedade de consumo, ao unir informação publicitária e consumo, possibilitou um ambiente para a solidificação de uma cultura consumista multifacetada e dinâmica, onde a atividade do indivíduo se volta para a aquisição de bens e serviços como forma de autoidentificação social.

O problema dessa sociedade, entretanto, é que ela não consegue gerir todos os indivíduos que a constituem, o que leva a exclusão social de muitos consumidores em decorrência da perda da capacidade de consumo.

Numa sociedade que se baseia na afirmação e aceitação do indivíduo de acordo com a sua capacidade de consumo, não parece difícil compreender que o superendividamento, por acarretar a perda dessa capacidade, conduz esses consumidores a exclusão social, gerando graves problemas econômicos e psicológicos.

A dignidade da pessoa humana, nesse contexto, também está relacionada à capacidade de consumo dos sujeitos inseridos nessa sociedade, assim como o acesso aos direitos está ligado ou, ao menos, é facilitado pela capacidade de consumo desses indivíduos.

Questão relevante, nesse cenário, é a discussão acerca dos desvios éticos e da percepção da moral nas relações privadas e se existe, de fato, local para uma moral e para a incidência de padrões de eticidade numa realidade construída pela valorização das aparências e pela persecução do lucro.

Para discutir as transformações nos padrões éticos da sociedade, o trabalho levanta a questão da existência de uma ética pós-moderna e suas principais alterações com relação às diretrizes éticas da modernidade.

A comunicação é, também, um dos aspectos da pós-modernidade levantados pelo trabalho para demonstrar a relação existente entre a falta de mecanismos eficazes de publicidade e o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Nesse sentido, o trabalho levanta os desafios à regulamentação da informação ao consumidor e a influência da cultura midiática para a construção de uma sociedade que supervalora e induz o consumo de massa.

A publicidade assume a função de promoção de vontades na pós-modernidade, induzindo os indivíduos às novas necessidades sem as quais o capitalismo não conseguiria se expandir em escala mundial.

Assim, o consumo se consubstancia na capacidade de criação de novas demandas, induzindo o descarte e a ideia de obsolescência dos produtos através da criação de diferentes tecnologias “necessárias” aos indivíduos.

A corrida tecnológica promovida pelo *marketing* do consumo induz a criação de novas demandas e produz uma sociedade marcada por problemas econômicos decorrentes da má gerência dos recursos pessoais, levando a crises de inadimplência e ao aumento da situação de superendividamento dos consumidores.

Nesse cenário, o segundo capítulo levanta a questão do superendividamento como um risco decorrente das práticas de consumo pelos indivíduos, possibilitadas pela democratização do crédito, que conduzem ao agravamento da vulnerabilidade em decorrência da perda de capacidades para o exercício de direitos.

A democratização do crédito abriu precedentes para o envolvimento cada vez maior dos indivíduos com operações relacionadas ao mercado financeiro, ampliando a assimetria entre fornecedores e consumidores no mercado, na medida em que, nessas relações, a disparidade de poder econômico entre os sujeitos da relação de consumo leva ao aumento da vulnerabilidade do consumidor frente aos fornecedores.

O superendividamento, nesse viés, representa um dos riscos da sociedade de consumo, na medida em que é efeito imediato das novas estruturas comportamentais dos homens consumidores.

Esse risco elevado da exploração do mercado financeiro através do consumo de crédito e derivados faz surgir situações potenciais de superendividamento que, quando ocasionados, levam a perda das capacidades civis – inclusive a de consumo – levando o indivíduo a uma privação de suas liberdades.

A ocorrência crescente do endividamento em nível mundial levanta a questão do tratamento que cada país oferece ao tema, ou seja, a maneira de abordar o fenômeno do superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

A conjuntura econômica, nesse contexto, é o fator determinante na adoção de um dos sistemas de abordagem do superendividamento do consumidor, quais sejam, o da *fresh start policy* e o da reeducação.

A política do novo recomeço (*FSP*), presente com mais frequência nos países de economia neoliberal, comprehende o consumidor como agente econômico necessário à expansão da economia e trata o superendividamento como etapa necessária ao desenvolvimento econômico.

Assim, o consumidor é tratado mais como agente econômico do que como ser humano responsável por suas atividades financeiras, sendo considerado indispensável para a ampliação da concessão de crédito e, consequentemente, do poder de alcance e influência do mercado financeiro de um determinado país.

Em contrapartida, o sistema da reeducação encara o superendividamento como uma falha do consumidor, ocasionada por uma gerencia equivocada do acesso ao crédito e, por esse motivo, é responsabilizado pelo pagamento total da dívida.

Segundo este modelo, o consumidor, vitimado pelo sistema, deverá receber instruções preventivas para que possa novamente ter acesso ao crédito. Nesse sentido, o endividado terá que administrar totalmente sua dívida, tentando renegociar o débito e os encargos de maneira que possibilite ao consumidor quitar todas as suas dívidas.

A crescente incidência do superendividamento também levanta a necessidade de discussão acerca das medidas legislativas previstas para a tutela desses sujeitos, impondo a necessidade de criação de uma legislação específica para o tema.

O direito francês, em virtude da vasta previsão legislativa sobre o superendividamento, é utilizado como argumento de justificativa para a criação de uma legislação específica sobre o tema no Brasil, na medida em que as particularidades da tutela do consumidor

superendividado exige a previsão de medidas legislativas específicas para a defesa desses sujeitos vulneráveis.

Assim, O Projeto de Lei 283 de 2012 cuja finalidade é alterar o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, visando aperfeiçoar o instituto do crédito ao consumidor e, além disso, dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor merece ser considerado como medida necessária para a proteção dos consumidores frente às novas assimetrias do mercado, principalmente às relacionadas ao consumo de crédito.

A hipervulnerabilidade do consumidor superendividado é justificada em virtude da impossibilidade duradoura do consumidor de boa-fé de arcar com suas dívidas atuais e futuras, na medida em que o superendividamento tem como consequência a perda de capacidades civis desses indivíduos.

Em evidência, essa perda de capacidades pode fazer aumentar a vulnerabilidade desse consumidor frente ao mercado, o que necessita especial atenção, uma vez que o superendividamento pode levar a perda de condições mínimas para uma vida digna.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a necessidade de se considerar o crédito em seu aspecto tridimensional: como direito fundamental do consumidor de acesso ao crédito; como dever fundamental do fornecedor de crédito e, por fim, como princípio jurídico capaz de imprimir padrões de responsabilidade às concessões de crédito, visando a tutela desses indivíduos em face das novas configurações do mercado de consumo.

As alterações promovidas pela sociedade de consumo promoveram um espaço em que o próprio acesso aos direitos fundamentais básicos depende ou é facilitado pela capacidade econômica dos indivíduos

Nesse sentido, conceber o acesso ao crédito como direito fundamental, não parece estranho às novas demandas e enfrentamentos que o Estado Democrático de Direito deve suprir, na medida em que o acesso ao consumo é, em si, o acesso ao próprio espaço social e aos direitos fundamentais dos sujeitos inseridos nesse cenário.

Assim, o acesso ao crédito como direito fundamental impõe-se para garantir que os indivíduos excluídos do mercado de consumo e, como consequência, da vida em sociedade - uma vez que as relações sociais se estabelecem diante da posse de bens e serviços – estejam protegidos dos efeitos da exclusão social e da mitigação de sua dignidade.

O dever fundamental dos fornecedores de crédito justifica-se, nesse contexto, pela necessidade de se assegurar garantias protetivas aos consumidores, impondo condutas objetivas no momento de celebração dos contratos de consumo de crédito para além do

período negocial, uma vez que a tutela dos fornecedores não se exaure no momento de formalização da vontade das partes.

Por fim, a necessidade de se estabelecer novos contornos éticos às relações de consumo impõe a necessidade da incidência do princípio do crédito responsável, através da irradiação de valores de responsabilidade à tomada de crédito, visando à proteção dos consumidores e a diminuição dos casos de superendividamento das pessoas físicas de boa-fé.

2 SUPERENDIVIDAMENTO E PÓS-MODERNIDADE: DESAFIOS À REGULAÇÃO DO CONSUMO

O superendividamento, enquanto efeito da sociedade de consumidores, decorre das políticas de incentivo ao consumo que ocorreram na pós-modernidade e que revelaram novos contornos ao comportamento e a “inclusão” do indivíduo na comunidade.

Embora o consumo seja atributo dos indivíduos, sua função e sua percepção sofreram significativa alteração na contemporaneidade, revelando-o como veículo de reconhecimento dos consumidores no panorama social.

Assim, enquanto a modernidade assistiu a um consumo organizado e planejado conscientemente pelos indivíduos, a pós-modernidade dialoga com o consumismo irrestrito e potencializado pelas modernas políticas de incentivo ao crédito que, apoiadas pelo *marketing*, impõe demandas diárias de consumo, levando a sua perpetuação.

Nesse contexto, a pós-modernidade é estudada não como uma etapa seguinte à modernidade, mas como momento histórico concomitante que se distancia dos valores e das previsões estabelecidas pela sociedade moderna.

Para entender como o superendividamento passou a representar uma parcela significativa da vida econômica dos indivíduos inseridos nesse contexto, é indispensável a compreensão dos momentos históricos que possibilitaram a expansão do endividamento dos consumidores e qual a influência desses momentos na vida econômica desses sujeitos.

O cenário de radicalização do consumo sedimentou uma cultura dirigida para o consumismo que foi expandida pelas políticas de facilitação de acesso ao crédito e que potencializou as situações de superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

O crédito, portanto, passou a representar o acesso dos indivíduos a todas as novas “necessidades” sedimentadas pelas políticas do *marketing*, ampliando as vontades dos consumidores a um nível cíclico e infundável.

Embora seja inegável que a democratização do crédito revelou-se importante para a inclusão de muitos indivíduos antes excluídos do mercado de consumo, permitindo a melhoria das condições de vida e a dinamização da economia, a maneira como o crédito foi popularizado levou a falsas expectativas por parte dos consumidores.

Exemplo dessas distorções é a utilização do crédito como ampliador dos rendimentos mensais, assim, as famílias passaram a utilizar os limites disponibilizados pelas instituições bancárias para os gastos mensais correntes, quando a utilização normal do crédito deveria se restringir a situações excepcionais.

Justifica-se essa atitude na medida em que a sociedade de consumo passou a valorizar não aquilo que o indivíduo representa, de acordo com seus valores éticos e morais, mas o que a capacidade de consumo poderia propiciar.

Nesse viés, a importância do indivíduo não se revela, diretamente, pela posse de bens, mas pela capacidade de manter-se ativamente consumista, apostando num consumo descartável e constante.

Essas alterações substanciais no reconhecimento e na valorização do indivíduo de acordo com a sua capacidade econômica levanta questionamentos acerca das transformações éticas presenciadas na pós-modernidade e se existe a possibilidade de imprimir novos padrões de conduta nas relações que se estabelecem no mercado.

Nesse contexto, fornecer padrões éticos de conduta seria uma fonte de proteção dos consumidores em face dos abusos praticados pelas atividades econômicas, na medida em que a dignidade humana deve ser elevada ao valor máximo do ordenamento jurídico.

A tutela humana como centro das atividades jurídicas revela a necessidade da concretização de mecanismos protetivos dos consumidores face aos novos riscos impostos pelo mercado.

O superendividamento, nesse cenário, revela-se como resultado das políticas de democratização do crédito, aliadas ao consumismo descartável e a promoção da pessoa de acordo com a sua capacidade financeira.

Por fim, as novas tecnologias informacionais utilizadas a serviço da economia, apontam como a propaganda e o *marketing* exercearam influência na determinação do comportamento dos indivíduos, impondo a necessidade de se olhar a publicidade também como modelo de proteção e empoderamento do indivíduo face as tentativas de doutrinação ideológica, financiadas pelos fomentadores da política de consumo.

A proteção da pessoa, a evitabilidade do superendividamento e as novas demandas do Estado são enfrentamentos que necessitam ser estudados junto às alterações presenciadas pela sociedade na pós-modernidade, compreender o momento histórico que se presencia é a etapa necessária para estipular quais os mecanismos de tutela deverão ser impostos na proteção do indivíduo e na garantia de seus direitos fundamentais.

2.1 A ruptura pós-moderna: aspectos controvertidos

A prática do consumo sempre esteve presente nas relações humanas e, nessa ordem, pode ser considerada intrínseca à existência humana. Entretanto, a percepção do consumo enquanto veículo de manutenção e reafirmação do indivíduo em sociedade é um acontecimento pós-moderno.

A transformação das relações sociais e a mitigação do espaço-tempo ocasionaram rupturas comportamentais nos indivíduos que a modernidade não conseguiu prever, de acordo com Giddens, “[...] “modernidade” refe-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.”¹

Grenz aponta que “a era moderna nasceu de uma revolução intelectual que desafiou os pressupostos da filosofia e da ciência medievais”², nesse sentido, o surgimento da modernidade está associado ao rompimento com os valores teológicos da Idade Média.

Para Santos, “a ciência moderna é um grande projecto para nos pormos à vontade com as coisas, e por isso se começou pela necessidade de ter ideias distintas e claras acerca delas”³, nesse sentido, a modernidade traz a ciência como forma de fornecer organização e padronização em nível científico para os indivíduos.

O efeito dessa “organização científica” angariada pela modernidade faz com que ela seja um período em que a segurança e a percepção de um futuro certo e definido fossem padrões de conduta dos indivíduos – o consumo, na modernidade, ainda estava associado a um planejamento econômico e financeiro que garantia maior segurança as operações de crédito.

De acordo com Grenz, “a história intelectual do Ocidente passou por um período de grande fermentação que se estendeu aproximadamente de 1650 a 1800 e é geralmente conhecido com Iluminismo ou Idade da Razão”⁴, nessa ordem, o próprio surgimento da era moderna possui vínculo direto com o início do Iluminismo e, em convergência, com um período onde ideais de racionalidade ganhavam força no cenário ocidental.

¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 11.

² GRENZ, Stanley J. *Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo*. São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 122.

³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 109.

⁴ GRENZ, Stanley J. *Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo*. São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 93.

O Iluminismo rompeu, de maneira permanente e radical, a cosmovisão teológica criada na Idade Média e apurada pela Reforma. Uma nova cosmologia substituiu a antiga ordenação hierárquica da realidade, e uma nova empresa destituiu a arte teológica de seu papel de árbitro da verdade.⁵

A ideia de pós-modernidade ainda carece de um posicionamento uníssono sobre seu conceito e sua vigência como uma etapa seguinte à modernidade. Nesse sentido, esgotar todos os posicionamentos existentes ou se filiar a uma corrente específica não parece razoável.

Para Losano, “da segunda metade do século XX até hoje – numa época que se convencionou definir como pós-moderna – os teóricos do direito empenharam-se em encontrar novos paradigmas para descrever o direito, procurando-os sobretudo nas ciências físicas e naturais.”⁶

O conceito carrega uma tensão e, também, uma pluralidade de entendimentos e críticas. Tema que gerou uma discussão acadêmica, dentro das ciências humanas, entre Habermas e Lyotard, ainda gera uma diversidade de correntes e opiniões.

Lyotard, em “A condição pós-moderna”, projetou a ideia de que a pós-modernidade estava ligada ao aparecimento de uma sociedade pós-industrial, onde a ciência desempenharia um importante papel no que diz respeito à importância e capacidade produtiva dos Estados-nações.⁷

A grande discussão, nesse contexto, é se a modernidade teria sido ultrapassada – para um período denominado de pós-moderno – ou apenas transformada no que diz respeito às suas características e finalidades.

Fredric Jameson deu profundidade ao tema ao enquadrar a pós-modernidade como um novo estágio na história, estágio que compreende um capitalismo que se vê diante de uma explosão tecnológica e se movimenta sem grandes barreiras frente a um Estado nacional enfraquecido.⁸

No mesmo viés, Harvey sustenta a pós-modernidade como condição histórica onde a valorização da estética fica mais pronunciada e, nesse sentido, aponta que “as práticas estéticas e culturais têm particular suscetibilidade à experiência cambiante do espaço e do

⁵ GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo.** São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 94.

⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. XV.

⁷ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 05.

⁸ JAMESON apud ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

tempo exatamente por envolverem a construção de representações e artefatos espaciais a partir do fluxo da experiência humana.”⁹

Sem prejuízo de qualquer uma das correntes, o trabalho dialoga com a possibilidade de um caráter descontinuista da história - não objetiva, nesse sentido, afirmar que a modernidade tenha sido superada, longe disso, pretende demonstrar que os momentos históricos não possuem caráter linear, o que implica dizer que, sob determinados aspectos, principalmente àqueles relacionados ao comportamento consumerista dos indivíduos, estamos vivenciando o pós-moderno.¹⁰

Santos propõe que, “a relação entre moderno e o pós-moderno é, pois, uma relação contraditória. Não é ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros. É uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade.”¹¹

No contexto proposto por Santos, a pós-modernidade será tratada não como uma etapa póstuma à modernidade, mas enquanto um momento histórico em que a sociedade passa por modificações nas relações sociais que, de certa forma, se transformaram com o advento da globalização e do consumismo em escala mundial.

O superendividamento, nessa perspectiva, pode ser compreendido como um efeito decorrente das alterações nos comportamentos sociais relacionados ao consumo – consumismo, aumento significativo da oferta de crédito, exploração do mercado financeiro – e que desencadearam situações de insolvência civil e incapacidade de pagamento por parte dos consumidores pessoas físicas.

Necessário salientar, entretanto, que o superendividamento não decorre apenas do consumismo em larga escala dos consumidores inseridos na sociedade de consumo, mas

⁹ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 15^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 293.

¹⁰ LIPOVETSKY aponta que “a pós-modernidade acentua a diferença em detrimento do mesmo. A modernidade, apesar do seu discurso de ruptura e do seu anseio de liberação. Acabou por fortalecer uma ideia extrema de moralidade, ou, em outros termos, uma nova moral. Nela, a sedução e a publicidade só poderiam ser focalizadas contraditoriamente. Ao mesmo tempo que pregava a emancipação, a modernidade temia o hedonismo e a dimensão total da liberdade. Havia, no fundamento moderno, uma obsessão por um mundo perfeito e ordenado. Com a pós-modernidade, chegamos ao pós-moralismo. Com o hedonismo, as sociedades contemporâneas entram numa civilização em que a moral heroica ou sacrificial não tem mais legitimidade. Não se quer mais expor a vida por uma causa, ideológica, política ou religiosa. A vida tem mais valor do que as causas.” LIPOVETSKY, Gilles. *Sedução, publicidade e pós-modernidade*. In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 37.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 103.

também de acidentes econômicos cada vez mais incidentes na sociedade de risco e globalizada que corresponde à pós-modernidade.

As operações financeiras de alto risco, a proliferação do acesso ao crédito sem análise de solvência por parte das empresas fornecedoras de crédito e o *marketing* financeiro que estão operando sem a devida regulamentação jurídica fazem surgir situações de alto risco aos consumidores como, por exemplo, o superendividamento das pessoas físicas.

Questão que se revela importante, na abordagem pós-moderna, é a possibilidade da exploração do consumo multifacetado, uma vez que rompeu com a padronização articulada e pretendida pela modernidade e, nesse aspecto, possibilitou a utilização de inúmeros discursos a serviço do mercado.

Na sociedade e na cultura contemporânea, sociedade pós-industrial, cultura pós-moderna, a questão da legitimação do saber coloca-se em outros termos. O grande relato perdeu sua credibilidade, seja qual for o modo de unificação que lhe é conferido: relato especulativo, relato de emancipação.¹²

Lyotard aponta para uma sociedade onde o conhecimento não mais possui caráter unitário e homogêneo, o que implica dizer uma fragmentação dos discursos e da própria informação. Diferentemente da modernidade que pretendeu, através do conhecimento científico, apresentar discursos universais e categorizados, a pós-modernidade levanta a possibilidade de um sem número de conhecimentos e relatos.

A condição da pós-modernidade é caracterizada por uma evaporação da *grand narrative* – o “enredo” dominante por meio do qual somos inseridos na história como seres tendo um passado definitivo e um futuro predizível. A perspectiva pós-moderna vê uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento, na qual a ciência não tem um lugar privilegiado.¹³

A pós-modernidade não apenas rompeu com os grandes discursos científicos que pretendiam estruturar padrões e comportamentos sociais garantindo segurança e solidez à modernidade. Para além disso, uniu informação e consumo e possibilitou a criação de uma cultura consumista multifacetada que permite a dinamização e polarização de cada uma das vontades individuais a serviço do mercado.

¹² LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 69.

¹³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 12.

Com a morte do discurso de autoridade, a afirmação de um parâmetro tornou-se um jogo em que sedução, publicidade e marketing desempenham papéis fundamentais, mas em constante movimento. Ou seja, nada é inatacável ou perene. A posteridade é como horizonte, uma linha que se afasta à medida que o indivíduo se aproxima. Se existe, permanece um mistério. Não se pode estipular os critério de acesso à ela.¹⁴

A incerteza com relação ao futuro e a aparente falta de perspectivas definidas e palpáveis faz com que a pós-modernidade seja um momento histórico e social em que o pensamento e o comportamento dos indivíduos tendam à superficialidade e imediatismo.

A síndrome cultural consumista consiste, acima de tudo, na negação enfática da virtude da procrastinação e da possível vantagem de se retardar a satisfação – esses dois pilares axiológicos da sociedade de produtores governada pela síndrome produtivista. Na hierarquia herdada de valores reconhecidos, a síndrome consumista degradou a duração e elevou a efemeridade. Ela ergue o valor da novidade acima do valor da permanência. Reduziu drasticamente o espaço de tempo que separa não apenas a vontade de sua realização (como muitos observadores, inspirados ou enganados por agências de crédito, já sugeriram), mas assim o momento de nascimento da vontade do momento de sua morte, assim como a percepção da utilidade e vantagem das posses de sua compreensão como inúteis e precisando de rejeição. Entre os objetos do desejo humano, ela colocou o ato de apropriação, a ser seguido com rapidez pela remoção do lixo, no lugar que já foi atribuído à aquisição de posses destinadas a serem duráveis e a terem um aproveitamento duradouro.¹⁵

O pós-moderno reflete comportamentos dirigidos ao consumo, mas não ao consumo padronizado e estanque – o consumo pós-moderno está ligado à autonomia comportamental que corresponde às novas perspectivas dos indivíduos.

Como apontado por Bauman, “num cenário exitosamente transformado, de uma sociedade de produtores (com os lucros provindo sobretudo da exploração do trabalho assalariado), numa sociedade de consumidores (sendo os lucros oriundos sobretudo da exploração dos desejos humanos)”¹⁶ temos a caracterização da filosofia pós-moderna onde o consumo ocupa o papel de protagonista nas relações sociais.

Entretanto, afirmar a sociedade de consumo como percursora das mazelas sociais implica um reducionismo que minimiza o “papel emancipatório” que se conseguiu com a sua atividade, implica afirmar que, além dos aspectos negativos – que não são poucos – a sociedade de consumo também permitiu uma “aceitação” do outro.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 34.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 111.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 28.

O problema não reside na legitimação dessa sociedade, mas sim na sua incapacidade de englobar os indivíduos que a constituem, o consumo em si não é o problema, mas sim a impossibilidade de se garantir que os indivíduos tenham força para o consumo.¹⁷

Tenho dito que não me incomoda nenhum pouco legitimar a sociedade de consumo. Sou favorável a ela. Critico, em contrapartida, o fato de a sociedade de consumo não conseguir incluir todos os indivíduos na sua esteira. O problema é a exclusão, não o consumo. Dito de outra forma, criticável não é a extensão da sociedade de consumo, mas o seu déficit. De resto, por sociedade de consumo não se deve entender simplesmente um individualismo egoísta e o reino dos *shopping centers*. Há também, na atualidade, um retorno da religião, uma preocupação com a identidade, com o reconhecimento e a valorização de si, com a aceitação do outro. De maneira geral, as afirmações negativas sobre a sociedade de consumo revelam estereótipos, transformados em discursos politicamente corretos, dos anos 60.¹⁸

O problema da sociedade de consumidores é que ela não consegue gerir todos os indivíduos que a constituem, essa incapacidade de gerenciar e garantir que o consumo seja democratizado traz, para o âmbito jurídico, alguns dos efeitos negativos desse modelo organizado de sociedade – como o superendividamento do consumidor e a sua exclusão do mercado de consumo.

Nesse sentido, conceber a sociedade de consumo só em uma perspectiva negativa seria negligenciar o seu papel decisivo para que os indivíduos pudessem adquirir um padrão de vida de melhor densidade e condizente com as suas escolhas e individualidades.

A desconstrução de uma linearidade histórica é talvez a primeira etapa para tratar do advento da pós-modernidade. A formatação de períodos históricos como excludentes uns dos outros faz surgir imprecisões e limitações do pensamento sociológico.

Afirmar a pós-modernidade como um período histórico posterior à modernidade não será o papel do presente trabalho, entretanto, não se pode negar que aspectos sociais e econômicos não previstos pelo período moderno estão em pleno desenvolvimento e consolidação.

Giddens aponta que “a ideia de que a história humana é marcada por certas “descontinuidades” e não tem uma forma homogênea de desenvolvimento é obviamente familiar [...]”¹⁹, nesse sentido, não seria coerente afirmar, em caráter absoluto, a passagem

¹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 33.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 33.

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 15.

para um período pós-moderno na medida em que as diferentes regiões globais passam por processos de transformação social, política, econômica e culturais nos seus respectivos tempos e dentro das suas possibilidades e limitações.

A construção histórica é marcado por descontinuidades, isso implica afirmar a possibilidade de afirmar a pós-modernidade sem que, necessariamente, haja a necessidade de pensar o fim da modernidade.²⁰

Como apontado por Giddens, “a “história” não tem forma intrínseca nem teleologia total. Uma pluralidade de histórias pode ser escrita, e estas não podem ser ancoradas por referência a um ponto arquimediano (tal como a ideia de que a história tem uma direção evolucionária).”²¹

Nesse aspecto, não se deve equacionar a história em uma diretiva linear espacial e temporal, uma vez que “a história não deve ser equacionada à “historicidade”, pois esta última está claramente ligada às instituições da modernidade.”²²

De acordo com Santos, “a pujança do capitalismo produziu dois efeitos complementares: por um lado, esgotou o projecto da modernidade, por outro lado, fê-lo de tal modo que se alimenta desse esgotamento e se perpetua nele.”²³

A modernidade viveu num estado de permanente guerra à tradição, legitimada pelo anseio de coletivizar o destino humano num plano mais alto e novo, que substituísse a velha ordem remanescente, já esfaltada, por uma nova e melhor. Ela devia, portanto, purificar-se daqueles que ameaçavam voltar sua intrínseca irreverência contra os seus próprios princípios. Uma das mais inquietantes “impurezas” na versão moderna da pureza eram os *revolucionários*, que o espírito moderno tinha tudo para gerar: os revolucionários eram, afinal, nada mais do que entusiastas da modernidade, os mais fiéis entre os crentes da moderna revelação, ansiosos por extrair da mensagem as lições mais radicais e estender o esforço de colocar em ordem além da fronteira do que o mecanismo de colocar em ordem podia sustentar. A pós-modernidade, por outro lado, vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregulamentar e privatizar.²⁴

²⁰ Desconstruir o evolucionismo social significa aceitar que a história não pode ser vista como uma unidade, ou como refletindo certos princípios unificadores de organização e transformação. Mas isto não implica que tudo é caos ou que um número infinito de “histórias” puramente idiossincráticas pode ser escrito. Há episódios precisos de transição histórica, por exemplo, cujo caráter pode ser identificado e sobre os quais podem ser feitas generalizações. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 15.

²¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 60.

²² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 60.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 103.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 13.

A perspectiva de transcendência da modernidade²⁵ não parece razoável na medida em que muitas características e instituições modernas ainda vigem e tem efeito na sociedade, nesse sentido, Giddens afirma “nós não nos deslocamos para além da modernidade, porém estamos vivendo precisamente através de uma fase de radicalização”.²⁶

Devo analisar a pós-modernidade como uma série de transições imanentes afastadas – ou “além”- dos diversos feixes institucionais da modernidade [...]. Não vivemos ainda num universo social pós-moderno, mas podemos ver mais do que uns poucos relances da emergência de modos de vida e formas de organização social que divergem daquelas criadas pelas instituições modernas.²⁷

A alternativa trazida por Giddens aponta para uma “modernidade radicalizada”, ao invés de adotar o termo pós-moderno como etapa seguinte, o autor se filiou a ideia de um momento concomitante à modernidade, mas com características específicas.

Giddens aponta que a modernidade radicalizada²⁸ tende a identificar os desenvolvimentos institucionais que criam um sentido de fragmentação e dispersão. Propõe, ainda, um conjunto de circunstâncias em que a dispersão tem ligação e vínculo com as tendências profundas para uma integração global.²⁹

A verificação de um período de transformações e remodelações em nível global não previstas pela modernidade também foi levantada por Beck quando conclama a chamada “modernidade reflexiva”.

²⁵ No sentido de que estamos passando por uma transição, Santos propõe que “o paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 76.

²⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 62.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 63.

²⁸ A “modernidade radicalizada” surge como um contraponto às concepções de pós-modernidade. Enquanto a pós-modernidade “rege-se” pelo fim da epistemologia, do indivíduo e da ética; a modernidade radicalizada enxerga a própria pós-modernidade como um período de mudanças e transformações que estão além das instituições da modernidade. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 163.

²⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 163.

Beck aponta que a modernidade reflexiva “implica a *radicalização* da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade.”³⁰

No mesmo sentido, Beck propõe que “a “modernização reflexiva” significa autoconfrontação como os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial.”³¹

A superação de uma sociedade predominantemente industrial para uma sociedade de consumo talvez seja o traço mais característico da transição entre o moderno e o pós-moderno, essa transição também foi acompanhado pelo crescimento do risco e da segurança na sociedade.

A grande questão que se coloca é como o Direito pode se adaptar às novas necessidades de tempos pós-modernos, dito de outra forma, o Direito enquanto instrumento de transformação social estaria apto a regular as novas demandas jurídicas surgidas em tempos de instabilidade, incertezas, consumo desenfreado e aumento substantivo das operações de crédito?

De acordo com Torres, “os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito como um todo. Trata-se de tempos de ceticismo quanto ao positivismo, bem como quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas da sociedade atual”³², nessa ordem, a grande questão do direito na pós-modernidade é justamente a sua (in)capacidade de regular as novas construções sociais em tempo hábil.

Jayme afirma que “a pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas parece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessidade de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico (*Rechtswert*)”.³³

³⁰ BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Editora Unesp, 1997. p. 13.

³¹ BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Editora Unesp, 1997. p. 16.

³² TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo.** Curitiba: Juruá, 2007. p. 21.

³³ JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado (1997). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS.** Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>. Acessado em: 17 de junho de 2015.

Il y a quatre phénomènes exprimant simultanément certains valeurs que jouent um rôle primordial dans la culture postmoderne: 1) le pluralisme, 2) la communication, 3) la narration, 4) le retour des sentiments.³⁴

Nesse sentido, podemos afirmar que um dos desafios do direito na pós-modernidade é conseguir tutelar uma pluralidade de demandas que necessitam de regulação e que surgem e se modificam numa dinâmica temporal pós-moderna marcada por transformações rápidas e constantes.

Ao direito, o papel de regular novas condutas em tempo hábil sob pena de tornar-se obsoleto e, em consequência, incapaz de oferecer a devida proteção jurídica aos acontecimentos sociais.

Com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam como uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência o modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimização de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno do pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Esse fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito.³⁵

Na concepção de Torres, “também é característica do Direito na pós-modernidade a narração, ou seja, verifica-se cada vez mais o surgimento de normas que descrevem valores,

³⁴ Existem quatro fenômenos que exprimem simultaneamente alguns valores que desempenham papel fundamental na cultura pós-moderna: 1) o pluralismo, 2) a comunicação, 3) a narração, 4) o retorno dos sentimentos (tradução livre). JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne** – Cours général de droit internacional privé. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=QE8xl1t6jCUC&pg=PA246&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acessado em: 18 de junho de 2015.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 163.

enquanto, como outra característica, tem-se o “retorno aos sentimentos” que significa a valorização do ser humano, a proteção à dignidade e sobrevivência.”³⁶

O indivíduo, seus valores e os direitos necessários a uma vida digna passam a ser o centro da órbita jurídica pós-moderna – a dignidade da pessoa humana ganha importância salutar e conduz a atividade jurídica para a sua afirmação e preservação.

O direito pós-moderno³⁷ tem novas demandas: a pluralidade como valor jurídico a ser perseguido; a dignidade humana como centro do ordenamento e a necessidade de regulação de demandas sociais que surgem e se modificam rapidamente.

Pós-modernidade, modernidade radicalizada, modernidade reflexiva, modernidade líquida, seja qual for a denominação dada, resta a constatação de que sob alguns aspectos a modernidade foi transformada.

Longe de querer atestar a superação da modernidade, o trabalho filiou-se a ideia de que momentos históricos não possuem caráter linear e que, nesse sentido, faz surgir a possibilidade de se levantar um momento pós-moderno – principalmente inseridos na sociedade de consumo.

A pós-modernidade traz ao pensamento jurídico e sociológico a necessidade de uma releitura dos seus institutos com a finalidade de se adequarem a novos padrões de conduta, de consumo, de ética e de comportamento da sociedade.³⁸

A pós-modernidade é – no enfoque do presente trabalho – a estruturação e solidificação de uma sociedade de consumo que faz surgir demandas específicas e singulares que necessitam de regulação jurídica.

³⁶ TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo.** Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

³⁷ Jayme propõe a construção de teses que sejam capazes de caracterizar um direito comparado pós-moderno, para tanto, constrói uma tese principal segundo a qual “o direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito no mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Untreshiede*). A segunda Tese afirma que, enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas (*Rechtssätze*), o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro (*dem Flüchtigen*).” JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado (1997). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>. Acessado em: 17 de junho de 2015.

³⁸ Nesse sentido, Santos afirma que “a teoria crítica pós-moderna é afirmativa na medida em que a busca incessante de alternativas se dá pela via da reciclagem das realidades. Prefere correr o risco de ser absorvida e neutralizada a deixar de procurar fragmentos de genuinidade e de oportunidade nos imensos depósitos de manipulação e de dominação que a modernidade foi acumulando. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 105.

O superendividamento, então, pode ser considerado como um desses novos efeitos da sociedade pós-moderna e que decorre da incorporação do consumo de vontades aos hábitos dos indivíduos.

A mundialização – e democratização – do crédito na pós-modernidade representa o meio para que se possa sustentar e solidificar uma sociedade que vive para o consumo, que estabelece comportamentos éticos pelo consumo e que, em consequência, relaciona a própria dignidade da pessoa humana com a sua capacidade de consumir.

O acesso a direitos na pós-modernidade está ligado, sob muitos aspectos, às capacidades econômicas dos indivíduos, ao seu poder de consumo – significa dizer que o crédito pode ser um importante veículo de conexão entre os indivíduos e o seus direitos fundamentais.

A dificuldade da regulação do direito na pós-modernidade se dá, também, pela transferência do papel de protagonista do Estado e de seus administradores para autônomos. O poder na pós-modernidade não se liga mais diretamente à figura do Estado, mas aos indivíduos que detêm a informação.³⁹

Se a realidade denominada pós-moderna é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópica, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo; época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da “euforia do individualismo e do mercado”, da globalização e da volta ao tribal, é também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas metanarrativas simultâneas e contraditórias. Realidade de perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta. É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança

³⁹ Lyotard afirma que o “redesdobramento” econômico na fase atual do capitalismo, auxiliado pela mutação das técnicas e das tecnologias segue em paralelo, já se disse, como uma mudança de função dos Estados: a partir dessa síndrome forma-se uma imagem da sociedade que obriga a revisar seriamente os enfoques apresentados como alternativa. Digamos sumariamente que as funções de regulagem e, portanto, de reprodução, são e serão cada vez mais retiradas dos administradores e confiadas a autômatos. A grande questão vem a ser e será a de dispor das informações que estes deverão ter na memória a fim de que boas decisões sejam tomadas. O acesso às informações é e será da alçada dos *experts* de todos os tipos. A classe dirigente é e será a dos decisores. Ela já não é mais constituída pela classe política tradicional, mas por uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, sindicais, políticos, confessionais. A novidade é que, neste contexto, os antigos pólos de atração formados pelos Estados-nações, os partidos, os profissionais, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo. LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 27.

jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito. É a crise do Estado do bem-estar social.⁴⁰

Conseguir tutelar e regulamentar as atividades econômicas na pós-modernidade se torna uma atividade difícil para o Estado, na medida em que a concentração de poder se desloca deste para os detentores do capital e da informação.

Significa dizer que, na pós-modernidade, o papel do Estado se enfraqueceu perante as grandes corporações financeiras e que, além disso, surgiram novas demandas a serem reguladas e tuteladas.

Cabe ao Direito a tarefa de conseguir ser um marco regulatório eficiente e hábil para as novas demandas sociais, tais como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

2.2 Cultura do consumo: a potência do crédito e o superendividamento do consumidor

De acordo com Santos, “nas condições do “capitalismo desorganizado” à escala mundial, a violência, tanto da compulsão do trabalho como da compulsão do consumo, torna-se perversamente subtil e pacífica”⁴¹, essa lógica de apropriação e “normalização” – ou popularização – da compulsão pelo consumo conduz a concretização de uma cultura multifacetada que tem, no ato de consumir, o seu objeto e objetivo.

A cultura do consumo⁴², nessa lógica, pode ser considerada como uma característica da pós-modernidade e tem como consequência a transferência do consumo de necessidade para o consumo de vontade(s).

⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 110.

⁴² De acordo com Catalan, “O roteiro que dita como atuar nos palcos da *Sociedade de Consumo* também não é fruto do acaso. Ao que parece, ele foi minudentemente pensando pelo *Mercado* desde que que percebeu que o desejo de *ter*, anteriormente descrito, ao corroer as *almas* e os *corações* dos homens e as condutas adotadas a fim de satisfazê-lo, são momentos raramente permeados por quaisquer decisões racionais. Elaborado a várias mãos, foi escrito a partir da percepção segundo a qual o *anseio consumista* e os comportamentos por ele disparados surgem das necessidade que cada *ser* tem de integrar-se ao meio em que vive, na tentativa – raramente exitosa – de preencher o vazio que

O mecanismo de acesso à apropriação dos desejos é o crédito que, na pós-modernidade, ganha potência e status de meio hábil para o acesso ao consumo, de acordo com Bauman, “os encontros dos potenciais consumidores como os potenciais objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecida, de maneira abreviada, como “sociedade de consumidores”.”⁴³

A ruptura da pós-modernidade com as metanarrativas e os grandes discursos desencadeou, consequentemente, grandes transformações nas percepções dos indivíduos – a racionalidade e a busca pelo conhecimento científico universal foram transferidas pela busca de emoções e de prazeres efêmeros.⁴⁴

Para Santos, “as comunidades interpretativas têm de ser organizadas na crítica destas compulsões e, ao contrário, da crítica moderna, a crítica pós-moderna sabe que o maior inimigo está dentro de nós.”⁴⁵

O grande desafio da pós-modernidade, nesse sentido, é conseguir uma regulação para os desejos e a instituição de uma postura crítica com relação às compulsões e efemeridades que se popularizaram como atividades cotidianas dos indivíduos.

A compreensão moderna associava a verdade à racionalidade e fazia da razão e da argumentação lógica os únicos árbitros da crença correta. Os pós-modernos questionam o conceito de verdade universal descoberta e provada graças aos esforços racionais. Eles não estão dispostos a conceder que o intelecto humano seja o único determinante daquilo que devemos crer. Os pós-modernos olham para além da razão e dão guarda a meios não-racionais de conhecimento, dando às emoções e às instituições um *status privilegiado*.⁴⁶

A passagem e a valorização das emoções e de padrões não-racionais foram essenciais para que o mercado de consumo – principalmente o de fornecimento de crédito –

consumo e suas almas. Infira-se que (a) apreensão de que os *desejos* de consumo não são imperativos naturais – como o são o ar e os alimentos para a manutenção do fluxo da vida –, mas necessidades artificialmente construídas pelo *Mercado* e (b) o desenvolvimento – notável, é preciso reconhecer – de uma miríade de técnicas com o intuito de acelerar o surgimento daqueles – e, pouco tempo mais tarde, a sua amnésia –, talvez possam ser descritos como algumas das mais importantes vias grafadas no mapa da *Sociedade de Consumo*. CATALAN, Marcos. **O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro.** Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. RT, 2013. p.126.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 19.

⁴⁴ GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo.** São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 28.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 110.

⁴⁶ GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo.** São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 28.

sedimentasse uma nova lógica à essa sociedade: a de que o consumo é o meio mais rápido e eficaz na satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos que habitam a pós-modernidade.

De acordo com Frade e Magalhães, “o crédito aos consumidores vulgarizou-se na generalidade das economias de mercado mais desenvolvidas, passando a constituir, para muitas famílias, uma forma de gestão corrente do seu orçamento.”⁴⁷

O mercado de crédito ao consumo encontrou nos novos padrões pós-modernos de comportamento e afirmação social um terreno fértil para a sua ampliação e solidificação no mercado global.

Bauman propõe que “com um cartão de crédito, é possível inverter a ordem dos fatores: desfrute agora e pague depois! Com o cartão de crédito você está livre para administrar sua satisfação, para obter as coisas quando *desejar*, não quando *ganhar* o suficiente para obtê-las.”⁴⁸

O crédito como instrumento ao consumo nem sempre teve sua figura ligada a aspectos positivos, os Estados Unidos foram os responsáveis por “desmoralizar” as concepções e preconceitos com relação ao crédito e retirar os estigmas negativos referentes à sua utilização.

De acordo com Bauman, “o objeto das operações de crédito não é só o dinheiro pedido e emprestado, mas o revigoramento da psicologia e do estilo de vida de “curto prazo”⁴⁹, nesse aspecto, o crédito repaginado surge como uma possibilidade de se ampliar os prazeres da vida sem que, para isso, seja necessária uma programação econômica (poupança) por parte dos indivíduos.

A nova concepção difundida reflete o crédito como sinônimo de possibilidades e tem ligação direta com o Estado de bem-estar social – o crédito que representava o insucesso financeiro e a prodigalidade agora é compreendido como meio necessário para a melhoria nas condições de vida.

Como apontado por Lima, “a expansão do crédito ao consumo é um fenômeno universal que leva, inevitavelmente, ao aumento dos casos de superendividamento dos consumidores.”⁵⁰

⁴⁷ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. **Sobreendividamento, a outra face do crédito.** In: Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.23.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 29.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 45.

⁵⁰ LIMA, Clarissa Costa De. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 129.

Nessa lógica, o superendividamento dos consumidores pessoas físicas possui ligação direta com a expansão e mundialização do acesso à tomada de crédito para o consumo e atesta a falta de uma regulação apropriada às operações de crédito.

A expansão do crédito não apenas ampliou a capacidade de consumo, mas induziu a perpetuação de uma cultura consumista, de acordo com Bauman, “além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, *uma economia do engano*. Ele aposta na *irracionalidade* dos consumidores e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas”.⁵¹

Nesse sentido, embora se deva reconhecer que a democratização do crédito conduziu ou possibilitou a acessibilidade dos indivíduos a melhores condições de vida, também é inegável que tal movimento desencadeou um comportamento dirigido ao consumo do efêmero.⁵²

A democratização do crédito, embora seja fenômeno de nível global, tem características e consequências que variam a depender das contextualizações econômicas, sociais e políticas em que determinada região esteja inserida.

No Brasil a situação se revela ainda mais desafiadora, dado a realidade econômica nacional, na medida em que se potencializam os efeitos negativos do superendividamento do consumidor.

A democratização do crédito que ocorreu nos últimos anos, atingindo milhares de brasileiros de baixa renda, baixa escolaridade, que nunca receberam qualquer tipo de educação financeira e pagam a mais alta taxa de juros do mundo, fez nascer o debate sobre a necessidade de regular mais detalhadamente a prevenção e o tratamento do superendividamento de modo a permitir a reorganização financeira do devedor e a chance de recomeçar sem o peso das dívidas pretéritas.⁵³

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 65.

⁵² Marques aponta que “embora seja inegável que o acesso ao crédito constitui ferramenta indispensável para o desenvolvimento das economias modernas, a grande complexidade dessas novas formas de contratação, que envolvem um conjunto intrincado de riscos, custos e responsabilidades, acaba por prejudicar a compreensão do consumidor a respeito dos termos e condições do negócio e, consequentemente, dificultar sua avaliação sobre a adequação do contrato a suas necessidades, interesses e, acima de tudo, possibilidades econômicas. Assim, essa assimetria generalizada de informações e conhecimentos potencializa a vulnerabilidade do consumidor, pois, a mais de permitir a formação de falsas expectativas sobre os produtos e serviços adquiridos, pode conduzi-lo a escolhas impróprias e de consequências perversas – e não apenas no que tange a seu patrimônio, mas também a sua qualidade de vida, dignidade, saúde e segurança.” MARQUES, C. L.; LIMA, C. C.; BERTONCELLO, K. R. D. *Prevenção e tratamento do superendividamento: caderno de investigações científicas*. Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 07.

⁵³ LIMA, Clarissa Costa De. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

De acordo com Lima, “em quase todo o mundo, a democratização do crédito veio acompanhada do aumento do superendividamento dos consumidores tanto em países com economias desenvolvidas e que contam com sistema maduro de falência, como em países em desenvolvimento [...]”⁵⁴

No Brasil, os riscos das operações de crédito se potencializam em virtude da falta de educação financeira, altas taxas de juros, baixa renda e escolaridade dos indivíduos inseridos no consumo de empréstimos e crédito, por exemplo.

Como apontado por Schmidt Neto, “no Brasil, o acesso ao crédito fácil e a consequente cultura do crédito (*credit culture*) iniciaram-se em um modelo implementado os anos trinta e consolidado nos sessenta, que tinha como objetivo criar um mercado consumidor em um país de extrema pobreza.”⁵⁵

Inserir esse contexto de uma cultura do crédito – ou cultura das possibilidades – na pós-modernidade, faz sentido principalmente porque, de acordo com Grenz, “os pós-modernos rejeitam a possibilidade da construção de uma cosmovisão única correta e contentam-se simplesmente em falarem de muitas visões e, consequentemente, de muitos mundos.”⁵⁶

A diversidade de possibilidades e a negação de verdades e comportamentos padrões fazem com que a pós-modernidade seja também a sociedade da incerteza, da perda de perspectivas de longo prazo e da significativa passagem do consumo pensado para o consumo imediato.

A perda de perspectiva transformou também a própria percepção do consumo por parte dos indivíduos – o consumo planejado não tem mais função na medida em que o próprio futuro não pode mais ser visualizado.

Talvez seja esse o papel mais importante do advento da pós-modernidade para o mercado: a modificação dos padrões de consumo para a satisfação imediata e efêmera das vontades humanas.

Além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, uma *economia do engano*. Ele aposta na *irracionalidade* dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem

⁵⁴ LIMA, Clarissa Costa De. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

⁵⁵ SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 201.

⁵⁶ GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo**. São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 64.

informadas; estimula *emoções consumistas* e não cultiva a *razão*. Tal como ocorre com o excesso e o desperdício, o engano não é um sinal de problema na economia de consumo. Pelo contrário, é sintoma de sua boa saúde e de que está firme sobre os trilhos, é a marca distintiva do único regime sob o qual a sociedade de consumidores é capaz de assegurar sua sobrevivência. O descarte de sucessivas ofertas e consumo das quais se esperava (e que prometiam) a satisfação dos desejos já estimulados e de outros ainda a serem induzidos deixa atrás de si montanhas crescentes de expectativas frustradas.⁵⁷

O consumo pós-moderno apostava na impossibilidade de satisfazer os prazeres humanos, significa dizer que a força para que o consumo se perpetue está justamente no caráter irracional que liga essa atividade às vontades dos consumidores.

Aproveitando-se da própria estrutura pós-moderna – de incertezas, da valorização das emoções, da falta de racionalidade – o consumo se consolida na busca de satisfação das vontades humanas, num estágio cíclico que torna impossível dissociar o ato de consumir com a manutenção da vida em sociedade.

De acordo com Vial, “neste estado de coisas o consumo aprisiona toda a vivência dos indivíduos em sociedade, de modo a se tornar a própria cultura: produtos e serviços atraem, com formas de pagamento cada vez mais adaptáveis às condições econômicas dos seduzidos.”⁵⁸

Entretanto, o consumismo não é o único motivador das situações de superendividamento do consumidor, embora seja um inegável condutor das situações de risco, existem outros fatores que também levam ao superendividamento e que estão além das práticas consumistas dos indivíduos.

Acidentes da vida, desemprego, questões relacionadas à saúde, inflação e crise econômica também são fatores que levam ao endividamento excessivo de pessoas físicas e que estão além de suas condutas, extrapolando a autonomia de tais consumidores.

De todo o exposto, a certeza de que assim como os padrões de consumo sofreram alterações em todos os momentos históricos e se adequaram as suas peculiaridades, isso também ocorreu na sociedade de consumo que assiste a pós-modernidade.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 65.

⁵⁸ VIAL, Sophia Martini. *A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico*. Revista de Direito do Consumidor, n. 88, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto/2013. p. 267.

A sociedade de consumo⁵⁹, no entanto, sofreu alterações substanciais em suas práticas e não tem o seu surgimento diretamente relacionado a pós-modernidade, na verdade, a etapa de radicalização da sociedade de consumo é que se faz convergente com as características levantadas sobre a pós-modernidade.

De acordo com Gregori, podemos sedimentar a sociedade de consumo em quatro grandes fases, a primeira etapa que perdurou até a segunda guerra mundial foi necessária para a difusão do consumo de massa, a solidificação do *marketing* e o aparecimento do consumo por prazer e distração. A segunda etapa, consolidada no pós-guerra, estabeleceu a relação entre a felicidade e o consumo. A terceira, por sua vez, foi responsável pelo hiperconsumo, ou seja, o consumo desenfreado e marcado por exageros. A quarta e última fase, concretiza o consumo digital que não mais se estabelece nos limites dos comércios locais e tem, na internet, sua fonte.⁶⁰

A pós-modernidade está ligada, nesse sentido, a uma sociedade de hiperconsumo global, que não mais possui barreiras entre os indivíduos e o ato de consumir. O consumo hedonista, a busca pelos prazeres e a conquista da “felicidade” – agora – podem ser alcançadas sem nenhum esforço ou deslocamento físico, basta que se tenha acesso à internet.

A evolução da cultura de consumo, nessa ordem, rompe a sua última barreira, não há mais limites ao consumo, a apropriação da internet como local útil ao consumo faz com que o consumismo não possa mais ser controlado ou minimizado.

O consumo global, digital, hedonista e multifuncional estabelece, então, a fase da sociedade de consumidores que impera na pós-modernidade e que traz, como consequência direta, o superendividamento do consumidor.

[...] o endividamento é uma consequência inerente da conjuntura de uma sociedade de consumo, onde as pessoas tomam crédito para terem acesso a produtos e serviços que estão fora das suas possibilidades financeiras presentes, razão pela qual empenham suas rendas futuras, financiando a atividade econômica. O problema surge com a potencialização deste sistema (*open credit society*), que passa a ser apresentado pela mídia como algo

⁵⁹ “A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.71.

⁶⁰ GREGORI, Maria Stella. **O novo paradigma para um capitalismo de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, n. 75, São Paulo: Ed. RT, julho-setembro, 2010. p. 249.

positivo, ou seja, que a inserção do indivíduo na ciranda creditícia se constitui em um “bom hábito de vida”.⁶¹

O superendividamento dos consumidores, nesse cenário, é o próprio efeito de uma sociedade de consumo desregulada e pela potencialização do acesso ao crédito ao consumo como veículo de acesso dos indivíduos ao mercado.

A compreensão dessa filosofia do consumo é necessária na medida em que ela estabelece um ciclo consumista que tende, cada vez mais, ao aumento do acesso ao crédito por meio de empréstimos.

O mercado de crédito ao consumo se estabelece por meio de oferta, entretanto, não se trata apenas da oferta de crédito, uma vez que isso tenderia ao seu exaurimento. No mercado financeiro de circulação de crédito, o intuito da oferta é também criar uma demanda pelo crédito. Isso implica dizer que os empréstimos não devem apenas ser fornecidos aos consumidores, mas também que a oferta desse crédito deve gerar necessidade de um novo empréstimo.⁶²

Nesse prisma, o mercado financeiro se amplia através da necessidade de renegociação dos contratos de crédito, como a alteração do valor das parcelas e do tempo de vigência, por exemplo. Tais alterações geram uma “fidelização” dos tomadores de crédito, necessária à manutenção do lucro em escala cíclica.

Essa estratégia do mercado de fornecimento de crédito cria um ciclo de empréstimos sucessivos que, no futuro, tendem a impossibilidade de adimplemento devido à acumulação de juros.

A atual “contratação do crédito” não é resultado do insucesso dos bancos. Ao contrário, é o fruto, plenamente previsível, embora não previsto, de seu *extraordinário sucesso*. Sucesso ao transformar uma enorme maioria de homens, mulheres, velhos e jovens numa raça de devedores. Alcançaram seu objetivo: uma raça de devedores eternos e autoperpetuação do “estar endividado”, à medida que fazer mais dívidas é visto como o único instrumento verdadeiro de salvação das dívidas já contraídas. O hábito universal de buscar mais empréstimos era visto como a única forma realista (ainda que temporária) de suspensão da execução da dívida. Hoje, ingressar nessa condição é mais fácil do que nunca antes da história da humanidade, assim como escapar dessa condição jamais foi tão fácil. Todos os que podiam se transformar em devedores e milhões de outros que não podiam e

⁶¹ KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas.** Revista de Direito do Consumidor, n. 65, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março, 2008. p. 02.

⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 28.

não deviam ser induzidos a pedir empréstimos já foram fiscados e seduzidos para fazer dívidas.⁶³

Em síntese, o mercado de crédito ao consumo apostava na perpetuação da dívida gerada pela acumulação de juros, isso resultava na vinculação do consumidor ao mercado financeiro e no aumento dos lucros angariados, entretanto, a bolha gerada por essas práticas consumeristas tende a acarretar uma impossibilidade de adimplemento ou crise de solvabilidade.

Kirchner aponta que “a crise de liquidez e de solvabilidade gerada pelo consumismo induzido e inconsequente resulta na exclusão do indivíduo do ambiente familiar, social e de mercado, criando uma nova espécie de morte civil, que é o falecimento do *homo economicus*.⁶⁴”

Nessa ordem, a sociedade de consumo desmoderado, digital e sem barreiras faz surgir bolhas de endividamento excessivo entre os consumidores que – em situações extremas – podem desencadear situações de superendividamento.

O indivíduo superendividado tem sua capacidade de consumo reduzida devido à insolvência de suas dívidas e, nesse cenário, se vê excluído da sociedade de consumidores e impossibilitado, ainda que temporariamente, de gerir sua vida e o consumo de bens necessários para a manutenção da vida.

Esse afastamento do consumo desencadeia, além dos problemas econômicos que lhe são inerentes, problemas sociais, psicológicos e familiares. Nessa ordem, o estudo e tratamento das situações de superendividamento dos consumidores deve ser tratado sobre o prisma de uma política pública que seja eficaz para o seu controle, uma vez que há um interesse de grande importância econômica e social em jogo.

As situações de superendividamento, nesse sentido, devem ser compreendidas como um dos efeitos colaterais da sociedade de consumidores da pós-modernidade, uma sociedade que tem como objeto a apropriação irrestrita de bens materiais e como objetivo o ato de consumir, isso faz surgir um ciclo de consumo em larga escala que gera situações de endividamento excessivo.

Na pós-modernidade, a vida dos indivíduos tendem a se refletirem no consumo, essa situação ainda carece de uma postura crítica que seja educativa e regulatória, os consumidores

⁶³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 31.

⁶⁴ KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas**. Revista de Direito do Consumidor, n. 65, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março, 2008. p. 03.

foram inseridos no mercado de consumo de crédito antes de serem educados para o exercício dessa atividade.

A dignidade da pessoa humana, nesse prisma, também é medida pela capacidade de consumo dos indivíduos, o que implica dizer que o consumidor superendividado que tem sua capacidade de consumo reduzida em decorrência do endividamento, também terá a sua dignidade humana abalada.

[...] para além de se configurar em princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana possui um *quid* que a individualiza de todas as demais normas dos ordenamentos aqui estudados, dentre eles o brasileiro. Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.⁶⁵

Posto isso, a proteção da dignidade do consumidor superendividado revela a necessidade de se imprimir novos padrões às relações de consumo, que permitam a tutela dos consumidores frente às assimetrias do mercado.

Numa sociedade que se realiza pelo consumo, não parece difícil compreender porque a própria proteção jurídica e os direitos fundamentais dos indivíduos possuem alguma relação com a capacidade de consumo dos indivíduos.

Existe uma capacidade de consumo mínima que deve ser garantida para que os indivíduos possam manter o mínimo vital para a sua sobrevivência – moradia, alimentação e saúde são todos conceitos que se ligam diretamente ao consumo de bens e que, destarte, são indispensáveis para a manutenção da vida dos indivíduos, ainda que em condições mínimas.

Uma sociedade que faz do cartão de crédito um meio para se alcançar os direitos fundamentais reflete uma postura consumerista que influencia, inclusive, o direito. Essa realidade potencializa situações de risco aos indivíduos que tem sua capacidade de consumo mitigada.

Nesse prisma, entender o acesso ao crédito como direito fundamental não parece estranho à realidade social que se presencia na pós-modernidade – se os direitos são medidos e alcançados pela capacidade de consumo e o consumo é conseguido com o acesso ao crédito,

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423.

afirmar o acesso ao crédito como direito dos indivíduos seria apenas garantir o direito a ter direitos.

As novas demandas do Direito na pós-modernidade se relacionam com a (in)capacidade de adequar os direitos dos indivíduos às novas necessidades, nesse sentido, o acesso ao crédito como direito fundamental coaduna com a estruturação de um Direito que se pretenda não apenas regulatório, mas também emancipatório e humanista.

O direito privado pós-moderno tem de ampliar a sua abordagem para além da proteção patrimonialista, ou seja, deve angariar novos rumos de proteção que utilizam o indivíduo e sua dignidade como centro do ordenamento jurídico.

Um direito privado de caráter humanista, que se proponha garantidor da dignidade e das condições que se fazem necessárias para a manutenção da vida humana e que, destarte, seja emancipatório no sentido de empoderar os indivíduos garantindo-lhes proteção contra as novas facetas do mercado se faz necessário e imperativo na pós-modernidade.

2.3 Ética e moral na estrutura pós-moderna de consumo

As relações de consumo se potencializaram na pós-modernidade. A sociedade – numa postura consumerista e consumista – tem no ato de consumir sua estruturação e o local onde se definem as relações entre os indivíduos.

Questão que se faz relevante na sociedade de consumidores é qual o alcance da ética e da moral nas relações privadas e se existe, de fato, local para uma moral e padrões de eticidade numa realidade construída para que o consumismo não tenha limites e possa se perpetuar na finalidade precípua desse tipo de sociedade: a persecução do lucro em grande escala.

A primeira relação que deve ser estabelecida, nesse sentido, é entre o Direito e a Moral, na medida em que se pretende discutir quais seriam os mecanismos de controle e padronização de uma conduta ética nas relações de consumo.

As condutas humanas são reguladas por normas jurídicas – é verdade – entretanto, não são apenas tais normas que operam nas relações sociais, ao lado destas estão as normas sociais que se corporificam pela moral e pela ética.⁶⁶

⁶⁶ “O que é necessariamente comum a todos os sistemas orais possíveis não é outra coisa senão a circunstância de eles serem normas sociais, isto é, normas que estatuem, quer dizer, estabelecem como devida (devendo ser) uma determinada conduta de homens referida – imediata ou mediamente – a outros homens. O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o

A zetética jurídica, nesse aspecto, coloca em questão a relação das ciências jurídicas com campos da sociologia jurídica e da filosofia do direito e, portanto, traz à análise do direito aspectos da comunidade.

A relação entre direito e moral é objeto de estudo da zetética jurídica e se faz necessária uma vez que, de acordo com Ferraz Júnior, “o direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia”.⁶⁷

No mesmo sentido, Kelsen afirma que “[...] a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”,⁶⁸ nesse sentido, ainda que determinada norma jurídica contrarie uma ordem de caráter moral, será considerada válida.

Kelsen se posiciona no sentido de afirmar que não deve existir uma justificação moral do Direito, sob o prisma da ciência jurídica, na medida em que afirma ser irrelevante para o Direito uma ordem moral distinta.

Nesse sentido, afirma que “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente conhecer e descrever.”⁶⁹

Filiando-se a ideia de Ferraz Junior, o trabalho busca, através do estabelecimento de padrões éticos nas relações de consumo, fornecer guias de conduta no sentido de proteger os consumidores de eventuais abusos cometidos pelos fornecedores de crédito.

Ainda que não exista, de acordo com Kelsen, a necessidade de uma justificação moral para a ciência jurídica, estabelecer uma lógica ética nas relações de fornecimento de crédito pode ser um importante mecanismo na luta contra os abusos cometidos pelos fornecedores de crédito e, dessa maneira, evitar situações como o superendividamento do consumidor pessoa física.

A chamada “virada Kantiana”⁷⁰ estabeleceu um marco de reencontro entre Direito e Moral, realizando uma reaproximação da ética com o Direito e, nesse sentido, forçando uma fundamentação moral para os objetivos e as finalidades jurídicas.

caráter da norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 74.

⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 335.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 78.

Para Kant, o indivíduo é governado pela razão, e a razão é a representação correta das leis morais, sendo que o princípio supremo da moralidade consiste em cada indivíduo dar a si mesmo uma lei que poderia se tornar universal, uma lei objetiva da razão, sem nenhuma concessão a motivações subjetivas. A *dignidade*, por sua vez, dentro da visão Kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu -, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*. Assim é a natureza singular do ser humano. Portanto, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado dignidade. Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa.⁷¹

Nesse contexto, os indivíduos passam a ser tratados na perspectiva de sua dignidade, com preceitos morais que devem ser respeitados. A ética passa a vincular as relações jurídicas entre os indivíduos, induzindo-os a respeitar e limitar sua autonomia de acordo com preceitos morais com relação aos outros.

O segundo princípio da dignidade exige tanto que eu seja responsável no sentido da virtude quanto que eu aceite, quando for apropriado, a responsabilidade relacional. Para tratar um ato como meu, como fruto da minha personalidade e meu caráter, preciso considerar que tenho responsabilidade autorreflexiva por esse ato.⁷²

Há a necessidade de se estabelecer uma ética de responsabilidade com relação à dignidade e aos valores do outro, ou seja, as condutas devem estar dirigidas e preocupadas com relação aos efeitos que elas causam nos indivíduos.

Questão que se torna relevante, nesse sentido, é a que diz respeito à formatação da ética na modernidade e se houve alguma alteração do seu conceito e aplicação na pós-

⁷⁰ “Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas de suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, consequentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. A ética Kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta.” BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 68.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 71.

⁷² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espíinho.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 322.

modernidade, uma vez que os desafios de regulação do consumo são tratados na perspectiva pós-moderna.

De acordo com Bauman, “os pensadores modernos sentiram que a moralidade, antes de ser “ traço natural” da vida humana, é algo que se precisa planejar e inocular na conduta humana; e essa é a razão pela qual tentaram compor e impor uma ética onicompreensiva e unitária.”⁷³

O objetivo da modernidade, nessa ordem, era o de configurar um padrão de regras morais de caráter amplo com a finalidade de serem aplicados a todos os indivíduos universalmente.

A ideia de uma ética pós-moderna traz a tona as novas questões de regulação da vida privada que se tornaram demandas a serem reguladas pelo Direito, dito de outra maneira, os caminhos legislativos e regulatórios devem ser capazes de tutelar as novas necessidades surgidas no mercado de consumo a nível mundial e a alternativa ética não pode ser descartada ou subjugada nesse desafio.

[...] a novidade da abordagem pós-moderna da ética consiste primeiro e acima de tudo não no abandono de conceitos morais caracteristicamente modernos, mas na rejeição de maneiras tipicamente modernas de tratar seus problemas morais (ou seja, respondendo a desafios morais com regulamentação normativa coercitiva na prática política, e com a busca filosófica de absolutos, universais e fundamentações na teoria). Os grandes temas da ética – como direitos humanos, justiça social, equilíbrio entre cooperação pacífica e autoafirmação pessoal, sincronização da conduta individual e do bem-estar coletivo – não perderam nada de sua atualidade. Apenas precisam ser vistos e tratados de maneira nova. Se se veio a se distinguir a “moral” como o aspecto do pensar, sentir e agir do homem relativo à discriminação entre “certo” e “errado”, foi obra de modo geral da idade moderna.⁷⁴

Nesse aspecto, enquanto a modernidade tratou os aspectos éticos por meio de regulamentação normativa e pensamentos filosóficos dirigidos a ideais que fossem universais e, portanto, passíveis de serem cumpridos devido ao caráter absoluto de seus fundamentos, a pós-modernidade não possui mais a pretensão de ditar - seja via regulamentação ou criação de ideais teóricos - quais são os limites éticos.⁷⁵

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 14.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 10.

⁷⁵ “O moderno pensamento ético, em cooperação com a moderna prática legislativa, lutou para abrir via a essa solução radical sob as bandeiras gêmeas da *universalidade* e da *fundamentação*. Na prática dos legisladores, a *universalidade* significou o domínio sem exceção de um conjunto de leis no território sobre o qual estendia sua soberania. Os filósofos definiram a *universalidade* como aquele traço das prescrições éticas que compelia toda criatura humana, só pelo fato de ser criatura humana, a

O que se percebe é que a sociedade pós-moderna vive uma crise de valores ocorrida pelo aumento do relativismo moral e pela concepção utilitarista de felicidade, o relativismo moral, em sentido genérico, significa a incapacidade de se estabelecer com objetividade e de forma segura quais são os conteúdos de uma moral e como ela deve ser aceita por todos. A moral, nessa ótica, se infere pela interpretação particular de cada um dos indivíduos, relativizada aos respectivos pontos de vista, que mudam de acordo com a percepção com relação à sociedade desses sujeitos.⁷⁶

Para Bauman, “o pensamento e a prática morais da modernidade estavam animados pela crença na possibilidade de um código ético *não ambivalente e não aporético*”⁷⁷, ou seja, na crença de que se poderia apresentar um código suficiente para ditar os padrões éticos da sociedade.

A ética pós-moderna, em sentido oposto, não crê na possibilidade de se estabelecer uma normativa ética única, na medida em que não aposta na certeza do futuro e na existência de um padrão ético.⁷⁸

A nova leitura da ética pós-moderna traz o seguinte desafio: como o Direito e o Estado terão capacidade de fornecer padrões de eticidade às relações de consumo se não há mais esse intuito de regulamentação e padronização de preceitos éticos?

De acordo com Faria, “vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa

reconhecê-lo como direito e aceita-lo em consequência como obrigatório. BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 17.

⁷⁶ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005. p. 58.

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 19.

⁷⁸ “É a descrença nessa possibilidade que é pós-moderna, “pós” não no sentido cronológico (não no sentido de deslocar e substituir a modernidade, de nascer só no momento em que a modernidade termina e desaparece, de tornar a visão moderna impossível uma vez chegada ao que lhe é próprio), mas no sentido de implicar (na forma de conclusão, ou de mera premonição) que os longos e sérios esforços da modernidade foram enganosos, foram empreendidos sob falsas pretensões, e são destinados a terminar – mais cedo ou mais tarde – o seu curso; que, em outras palavras, é a própria modernidade que vai demonstrar (se é que ainda não demonstrou), e demonstrar além de qualquer dúvida, sua impossibilidade, a vaidade de suas esperanças e o desperdício de seu trabalhos. O código ético a toda prova – universal e fundado inabalavelmente – nunca vai ser encontrado; tendo outrora chamuscado muitíssimas vezes nossos dedos, sabemos agora o que não sabíamos então ao embarcarmos nessa viagem de exploração: que uma moralidade não aporética e não ambivalente, uma ética que seja universal e “objetivamente fundamentada”, constitui impossibilidade prática; talvez também um *oxímoron*, uma contradição nos termos. BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 20.

relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo da economia globalizada.”⁷⁹

Na perspectiva trazida pelo autor, “nessa ordem sócio-econômica de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica [...].”⁸⁰

Nesse cenário de enfrentamentos e dificuldades no que diz respeito à edição de normas capazes de regulamentar as diversas novas demandas surgidas, Jayme aponta para o “*revival*” dos direitos humanos.

O último elemento, verdadeiro *Leitmotiv* destacado por Jayme, é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de múltiplas codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. [...]. Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento guia, os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”, e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.⁸¹

A crise de regulamentação jurídica que ocorreu em virtude da globalização da economia, nesse sentido, levantou a necessidade de se estabelecer um novo padrão ao sistema jurídico que se via diante de um ambiente multifacetado.

A perspectiva dos direitos fundamentais como normas basilares do ordenamento jurídico conferiu ao indivíduo papel de centralidade. Em outras palavras, os valores e a dignidade da pessoa humana passaram a tangenciar a atividade jurídica, valorizando os direitos individuais e os valores morais dos sujeitos inseridos nessa realidade.

O desafio do direito, na perspectiva de uma sociedade pós-moderna de consumo e globalizada, é a regulamentação dessas atividades que vigoram com uma frequência cada vez maior, num cenário cada vez mais fragmentado e virtual.

[...] essas mudanças contribuem para a erosão do *monismo jurídico*, outro princípio básico constituído e consolidado em torno do Estado-nação, e abrem caminho para o advento de uma situação de efetivo *pluralismo normativo*; ou seja: para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas num mesmo espaço geopolítico, intercruzando-se e interpenetrando-se de modo constante – o que coloca para o pensamento jurídico problemas novos

⁷⁹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 14.

⁸⁰ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15.

⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

e de difícil enquadramento em seus conceitos, premissas e categorias convencionais.⁸²

Nesse aspecto, o Direito não possui mais condições de gerir com um sistema único todas as relações privadas existentes na sociedade globalizada de consumo, novas interações com outros campos científicos econômicos, políticos e sociais se fazem necessários para a manutenção do Direito enquanto instrumento de regulação social.

Estabelecer padrões de eticidade nas relações de consumo requer que seja afirmada uma ética de responsabilidade para com o outro indivíduo, implica afirmar que as atitudes de um indivíduo devem ser direcionadas ao cuidado com o outro, assumindo uma responsabilidade sobre esse indivíduo.

A consciência de responsabilidade é característica de um indivíduo-sujeito dotado de autonomia (dependente como toda autonomia). A responsabilidade contudo necessita ser irrigada pelo sentimento de solidariedade, ou seja, de pertencimento a uma comunidade. Devemos assumir a responsabilidade por nossa vida (não deixar que forças ou mecanismos anônimos dirijam o nosso destino) e em relação aos outros.⁸³

Nesse sentido, imprimir padrões ético-comportamentais nas relações de consumo se torna uma questão bastante controversa: como realizar uma ética da solidariedade que seja responsável para com o outro quando o principal intuito dessas relações é o lucro, numa postura individualista e egocêntrica.

Morin afirma que, “o problema ético contemporâneo, atualmente, vem do fato que tudo, na civilização ocidental, tende a favorecer nosso “programa” egocêntrico, enquanto nosso “programa” altruísta ou comunitário permanece subdesenvolvido.”⁸⁴

Fornecer um padrão ético às relações de consumo se faz necessário não apenas no sentido de se prevenir situações de exploração e risco aos consumidores, mas também como forma de reeducar a sociedade de consumidores para uma preocupação para com o outro, ou seja, uma cultura de solidariedade.

De acordo com Robles, “a concepção socialmente preponderante, hoje, está definida pelo sucesso ou admiração social, que por sua vez, como já assinalamos, dependem da posse de bens materiais e de poder.”⁸⁵

⁸² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15.

⁸³ MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 100.

⁸⁴ MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 174.

⁸⁵ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005. p. 60.

Imprimir um padrão moral na sociedade de consumidores que seja suficiente para guiar as políticas econômicas de fornecimento e utilização do crédito, por exemplo, esbarra nas dificuldades de uma sociedade cada vez mais individualizada e de não pertencimento a uma comunidade.⁸⁶

A lógica da sociedade de consumo levanta a perspectiva da construção de que a moral pode ser consumida, em outras palavras, o mercado tende a se apropriar além dos indivíduos, também de seus valores que passam, nessa ordem, a serem elencados como mercadorias.

Bauman afirma que “o enfraquecimento e a crescente fragilidade dos vínculos humanos, a instabilidade e a insegurança em relação ao lugar das pessoas na sociedade atraem a atenção do mercado de consumo – porque esse é um aspecto da condição humana de que os fornecedores de bens de consumo podem se aproveitar com prodigalidade.”⁸⁷

O mercado de oferta de produtos e serviços tende, na pós-modernidade, a tentar abranger o maior número de possibilidades de consumo, o objetivo – em evidência – é a necessidade de se criar novas demandas, sem as quais o consumismo não pode prosperar e nem alcançar o índice de lucro que as grandes financeiras objetivam.

O indivíduo inserido nesse contexto vive de novas necessidades, que surgem dia a dia e fazem com que a vida em sociedade só faça sentido depois de adquirir o produto e serviço apresentados pelo *marketing*.

Na sociedade pós-moderna de consumo, a “felicidade” é um produto à disposição do potencial cliente, é uma sensação que pode ser comprada, desde que se pague o valor oferecido, o mercado leva a indução de que o consumo pode tornar o indivíduo mais integrado aos valores sociais.

A ética contemporânea da felicidade não é só consumista, mas essencialmente ativista, construtivista. Bem entendido, não é mais um controle modelar das próprias paixões, mas o de otimizar as potencialidades; não mais a aceitação resignada do desgaste dos anos, e sim a eterna juventude do corpo; não mais a sabedoria, e sim uma eficiente atividade competitiva de si sobre si mesmo; não mais a inteira concordância de si para

⁸⁶ Morin aponta que as democracias contemporâneas estão passando por um crise, cujas causas são: “a relação entre falta de solidariedade e crescimento do egocentrismo, as excessivas compartimentações que separam os cidadãos da sociedade como um todo; as múltiplas disfunções, escleroses e corrupções, entre as quais a corrupção econômica, em sociedades que não conseguem reformar-se; o crescimento, nessas condições, de uma consciência da desigualdade e da iniquidade. MORIN, Edgar. **O método 6: ética.** Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 150.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 101.

consigo mesmo, mas a diversidade high-tech, correlata às exigências de proteção, de entretenimento, de auto rendimento do capital-corpo.⁸⁸

A ética da felicidade, apresentada por Lipovetsky, traz a tona a questão do consumo enquanto busca de sensações, hedonista e tendenciosamente supérfluo, onde o indivíduo passa a adquirir bens e serviços sem relação com as suas necessidades.

Isso leva a uma atividade cíclica e cumulativa que tende ao esgotamento do orçamento dos indivíduos, levando-os ao superendividamento, ou seja, a impossibilidade consistente de não adimplemento das despesas.

A relação entre consumismo e moral, nessa ordem, pode ser resumida na apropriação, pelo mercado, da moral como mercadoria, isso implica dizer que na sociedade de consumidores até mesmo a moral pode ser “adquirida.”⁸⁹

Nesse sentido, Lipovetsky assinala que “ao estimular permanentemente os critérios de bem-estar individual, a era de consumo como que aposentou, em seu conjunto, as formas coativas e incisivas da obrigação moral, tornando o ritual do dever algo impróprio para uma cultura materialista e hedonista [...].”⁹⁰

A possibilidade de povoar o mundo com pessoas mais carinhosas e a induzi-las a dar mais carinho não figura nos panoramas pintados na utopia consumista. As utopias privatizadas dos caubóis e vaqueiras da era consumista demonstram, em vez disso, um expandido “espaço livre” (livre para *mim* mesmo, claro), uma espécie de espaço vazio do qual o consumidor líquido moderno, inclinado a apresentações solo, e apenas a elas, nunca tem o suficiente. O espaço de que os consumidores líquidos modernos necessitam e pelo qual ouvem recomendações de todos os lados para lutar só pode ser conquistado pela expulsão de outros seres humanos – em particular

⁸⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos.** Barueri: Manole, 2005. p. 34.

⁸⁹ De acordo com Bauman, é “no planejamento, produção e fornecimento de “substitutos morais” – que o mercado de consumo desempenha papel crucial, ainda que seja o de mediador. Ele realiza diversas funções indispensáveis para que o expediente seja operativo e eficaz; oferece símbolos materiais de interesse, solidariedade, compaixão, bem querer, amizade e amor. O mercado de consumo adota e assimila a esfera cada vez mais ampla das relações inter-humanas, incluindo o cuidado com Outro, seu princípio moral organizador. Nesse processo, submete o projeto e a narrativa dessas relações às categorias inventadas para atender à recorrência regular dos encontros entre os bens de mercado e seus compradores, e portanto para garantir a contínua circulação de mercadorias. BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 98.

⁹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos.** Barueri: Manole, 2005. p. 29.

os tipos de homem que se importam com os outros ou podem precisar que alguém se importe com eles.⁹¹

A sociedade de consumo que se configura na realidade pós-moderna caracteriza-se pelo esfacelamento de padrões éticos de conduta, pelo aumento do individualismo e o fortalecimento do hedonismo nos indivíduos inseridos nessa realidade.

A cultura hedonista, de busca pelos prazeres através do consumo, configura um fator potencial para as crises de consumo excessivo que, em situações extremas, conduzem ao superendividamento do consumidor.

Trata-se de uma ideia de felicidade que tem suas raízes na exaltação do próprio eu, no narcisismo. Por isso, pode ser denominada felicidade narcisista. Como complemento dessa exaltação do eu, aparece a consideração secundária e instrumental dos *outros*, que têm valor quando *servem* para o desenvolvimento de minha própria felicidade e bem-estar. A estrutura das relações pessoais e sociais (isto é, relações com o *tu*, o *nós*, dentro dos grupos dos mais diversos gêneros) é interpretada como um complexo conjunto de ônus e vantagens destinados a conseguir os objetivos de felicidade pressupostos. Nesse ambiente mental, o sentido de vinculação aos outros, ao *tu* ou ao *nós*, experimenta um relaxamento proporcional à cota de auto-satisfação de que o indivíduo precisa para considerar cumprido seu nível de felicidade. O sentido do dever se deprecia e pode chegar a desaparecer nos casos extremos. Já que esse sentido só pode se desenvolver em um meio social em que pelo menos alguns valores e ideais sejam considerados indiscutíveis, tem-se a consequência lógica que, desaparecida tal crença por obra do relativismo extremo, a vivência de ideia de dever tenha o mesmo destino.⁹²

A concepção utilitarista da felicidade, aliada ao consumo hedonista, leva a uma crise de valores e de deveres para com o outro. A individualização cada vez mais acentuada da sociedade de consumidores dificulta a aplicação de preceitos éticos nas relações de consumo.

O superendividamento, nessa ótica, pode ser compreendido como um efeito colateral da mitigação ética ocorrida na sociedade de consumo, mas a culpa não pode ser apenas entregue aos fornecedores de créditos e produtos – maiores responsáveis pelo fenômeno – mas também aos consumidores.

A falta de ética empregada pelas operadoras de crédito, principalmente relacionadas à falta de informação, ao uso abusivo do *marketing*, às operações de risco, aos altos índices de

⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 60.

⁹² ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Barueri: Manole, 2005. p. 60.

juros comercializados são responsáveis pelo aumento do número de indivíduos superendividados.

Soma-se a isso, também, a responsabilidade do consumidor que, preso a uma lógica consumista, deixa de calcular riscos e se infiltra no mercado de consumo sem ter condições de adimplemento.

As operações de fornecimento e circulação de crédito, nesse sentido, carecem de um padrão ético e moral nas suas condutas que potencializam as situações de superendividamento do consumidor pessoa física.

A regulação dessas operações, por meio de padrões éticos a serem analisados no momento da celebração do contrato, se faz necessária na medida em que aumenta a prevenção dos casos de endividamento excessivo.

Implica dizer que não basta apenas uma postura de educação para um consumo que seja ético, mas que a regulação deve ser feita, principalmente, no momento em que se realiza a compra de produto e serviço, ou seja, que os padrões de condutas e de deveres já estejam estabelecidos e se façam cogentes nas relações de consumo.

A lógica do mercado de consumo de crédito carece de uma regulação e fiscalização que sejam suficientes para “controlar” sua atividade, essa falta de regulamentação leva à situações abusivas cometidas nessas relações de consumo em que se verificam a perda de padrões morais e éticos.

Nesse aspecto, questão que também se revela importante – sob a ótica do Direito enquanto instrumento regulatório da sociedade – é saber se a mera imoralidade de um ato constitui razão para que se interfira nesse ato, nessa ordem, se questiona qual o alcance regulatório do direito na autonomia da pessoa.

Nino propõe que existem duas maneiras de se responder essa questão: uma posição liberal e outra conservadora, cada uma delas com percepções definidas e antagônicas acerca da intervenção do Direito no ato imoral.

A posição liberal aposta que o que está em discussão é se o direito deve proibir todo ato considerado imoral, segundo as pautas da moral positiva ou vigente, ou seja, leva em consideração aspectos da moral posta como norma. Já a posição conservadora, em sentido contrário, versa sobre se o efeito de um ato está proibido por uma moral crítica ou ideal que

consideramos válida e se isso justificaria, suficientemente, a intervenção do direito nesse ato.⁹³

Em síntese, enquanto a posição liberal defende a intervenção do Direito somente naqueles atos considerados imorais porque contradizem o valor da moral positivada, a posição conservadora apostava que um ato que contradiz uma moral social válida e reconhecida – ainda que não positivada – seria suficiente para que o Direito intervisse nesse ato.

[...] la cuestión se centra en si el Estado puede también hacer valer, a través de sanciones y otras técnicas de motivación, pautas de la moral personal o “autorreferente”, que valoran a las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio individuo que las ejecuta. Mientras que la posición liberal en esta materia es que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtude personal o plane de vida (que presuponen a su vez algún modelo de virtude personal), la posición opuesta es que es misión del Estado hacer que los hombres se orienten correctamente hacia formas de vida virtuosa e ideales de excelencia humana.⁹⁴

A discussão se faz necessária porque a regulação do Direito nos atos individuais esbarra no princípio da autonomia da vontade, nesse sentido, se discutem quais são os limites do Direito na interferência e na regulação das escolhas dos sujeitos.

Na ótica proposta por esse trabalho, qual o limite no Direito ao regular – ou pretender – a moral e a ética com as quais os indivíduos, fornecedores e consumidores, devem atuar na sociedade de consumo.

Por exemplo, ainda que existam leis que regulam o limite de crédito consignado que pode ser tomado pelo consumidor, a prática de fornecimento dessa modalidade de crédito ainda é realizada sem um padrão de eticidade que, se concretizado, poderia diminuir situações de risco financeiro aos tomadores desse crédito.

⁹³ “Hay dos formas corrientes de presentar lá cuestión que es objeto de debate de tal modo que éste queda prácticamente resuelto de antemano – en um caso a favor de la posición conservadora y en el otro de la liberal –, ya que esas presentaciones dejan muy poco espacio para una defensa sensata de la posición opuesta. La presentación favorable a la posición liberal consiste en sostener que lo que está en discusión es si el derecho debe prohibir todo acto considerado inmoral según las pautas de la moral *positiva* o *vigente*. Esto hace que la posición conservadora aparezca como sumamente endeble, ya que, como disse Hart, las pautas de la moral convencional pueden llegar a ser tan aberrantes que sería irrazonable negar que el derecho debería desconocer tales pautas. La presentación de la cuestión debatida que favorece a la posición conservadora afirma que ella versa sobre si el hecho de que um acto este prohibido por uma moral *critica* o *ideal* que consideramos válida es uma razón para justificar que ele derecho interfiera em tal acto. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. p. 203.

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. p. 203.

Nessa ordem, seria possível, por exemplo, que um consumidor idoso – hipervulnerável – pudesse estar protegido por padrões de eticidade na tomada dessa modalidade de crédito ou, de outra forma, que pudesse responsabilizar o fornecedor pela prática abusiva no fornecimento dessa modalidade de crédito.

O que deve prevalecer, a autonomia privada ou a intervenção do Estado desenvolvendo padrões de eticidade para tais relações que visam, na maior parte dos casos, justamente os idosos aposentados, na medida em que o risco dessas operações se torna bastante reduzido.

De acordo com Nino, o perfeccionismo se opõe ao princípio da autonomia privada, uma vez que sustenta que o que é bom para o indivíduo independe de sua vontade, nessa ordem, o Estado pode dar preferência aos meios que julga serem objetivamente melhores aos indivíduos.⁹⁵

Já para Kelsen, o Estado apenas pode fornecer estímulos para que o indivíduo atue segundo padrões que são socialmente melhores, mas não é possível anular suas inclinações pessoais.

Nenhuma ordem social pode precludir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões. Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam.⁹⁶

Nesse sentido, ainda que se adote uma posição liberal, de plena autonomia privada, não se justifica a omissão do Estado nas relações que dependem de uma regulamentação jurídica que forneça padrões de eticidade.

Na realidade da sociedade de consumo, imprimir condutas éticas objetivas a serem observadas no momento de celebração do contrato seria uma forma de mitigar os riscos que envolvem os consumidores vulneráveis.

Padrões de eticidade devem ser fornecidos como forma de aumentar a prevenção de operações de risco que levam os consumidores a situações críticas como, por exemplo, o superendividamento.

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación.** Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007. p. 203.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 69.

A sociedade de consumidores carece de uma regulamentação ética que seja solidária e de cuidado com o outro, o Direito, enquanto instrumento de regulação social, deve ser capaz de fornecer padrões éticos às novas situações da pós-modernidade.

2.4 Desafios à regulamentação da informação ao consumidor e cultura da mídia na sociedade de consumo: convergências entre a (des)informação e o superendividamento do consumidor

De acordo com Jayme, existem quatro valores que exprimem a cultura pós-moderna: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno dos sentimentos.⁹⁷ Nessa ordem, é inegável que a comunicação desempenha papel central na sociedade de consumo que corresponde à pós-modernidade.

A comunicação seria um valor máximo da pós-modernidade. A nova legitimação do direito, da justiça, estaria na comunicação e no *revival* da autonomia da vontade, associada à valorização extrema do tempo e do direito como instrumento de comunicação, de informação. Manifestar-se-ia na valorização do passar do tempo nas relações humanas, na valorização do eterno e do transitório, da necessidade de fixar/congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação, segundo muitos, é o atual método de legitimação de todas as ciências, o discurso legitima, a informação cria mitos e transforma-se em verdade, tudo jogo de palavras (Sprachspiele). Assim, a nova ética e filosofia são discursivas, assim o consentimento do indivíduo para ser legitimador é só aquele informado e esclarecido (grifo nosso).⁹⁸

A informação desempenha papel de destaque e se tornou um mecanismo potente na criação de novas demandas de consumo, a utilização dos mecanismos de comunicação de massa vem sendo utilizado pelas empresas para potencializar o *marketing* sobre seus produtos e serviços, aumentando consideravelmente o consumo em escala mundial.

A pós-modernidade possui relação direta com o surgimento e o desencadeamento da sociedade de informação, nesse sentido, Vial aponta que “a sociedade informacional caracteriza-se pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade,

⁹⁷ JAYME, Erik. **Identité culturelle et integration: le droit international privé postmodern – Cours general de droit internacional privé.** Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=QE8xl1t6jCUC&pg=PA246&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acessado em: 18 de junho de 2015.

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 170.

rapidez e fluidez do acesso à informação. Essa transformação consiste em uma quebra de paradigma, onde passamos da modernidade para a pós-modernidade.”⁹⁹

A sociedade de informação remonta a ideia de um momento póstumo à modernidade, Giddens propõe que “[...] estamos nos deslocando de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com informação.”¹⁰⁰

O superendividamento dos consumidores pessoas físicas é um fenômeno que se popularizou na medida em que os indivíduos foram inseridos na sociedade de consumo, nesse contexto, as situações de risco e de endividamento excessivo se potencializaram, gerando casos de vulnerabilidade agravada aos consumidores.

A sociedade de consumo, compreendida como um momento em que as relações sociais entre os indivíduos são definidas e realizadas no mercado – ou seja, pelo consumo de bens e serviços – tem uma importante aliada para a sua perpetuação: a publicidade.¹⁰¹

Na pós-modernidade a publicidade assume a função de promoção de vontades, nesse sentido, induz os indivíduos às novas necessidades, potencializando o consumo de bens e serviços não essenciais aos consumidores.

A massificação, a despersonalização, o anonimato das relações de consumo, principalmente tomando em consideração o novo papel da publicidade e das técnicas de venda na economia, complementam-se com outro elemento desafiador que é a complexidade tecnológica dos atuais produtos oferecidos no mercado. Por mais simples que a conjunção destes elementos pareça, o

⁹⁹ VIAL, Sophia Martini. **A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico.** Revista de Direito do Consumidor, n. 88, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto/2013. p. 235.

¹⁰⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 11.

¹⁰¹ De acordo com Almeida, “a flexibilização das regras sociais, econômicas e políticas no mundo atual contribuiu para enfraquecer o poder pré-estabelecido e criar um regime de insegurança social. Estratégias da publicidade transformam-se em um remédio para a crise da pós-modernidade. A publicidade tornou-se uma forma dominante de comunicação e um elemento decisivo da cultura que nos molda. É cada vez mais frequente a utilização de imagens que não vendem produtos ou serviços, mas atitudes, sonhos, desejos de forma a estimular comportamentos. A ideologia de nossa sociedade está fortemente comprometida com o individualismo e com a economia de mercado e reconhece, cada vez mais, os valores da auto-indulgência, incentivada pela permissividade organizada em torno dos prazeres do consumo, em detrimento do controle dos impulsos. A publicidade alimenta a cultura de massa do hedonismo, cercando o consumidor de imagens onde o conflito não existe, as pessoas são felizes e, quando tem um problema, conseguem transformar sua realidade, com num passe de mágica, através de um produto “maravilhoso”. Associando imagens ao fascínio pelo sucesso, a marcas e produtos sofisticados, a publicidade e a cultura de massa incentivam o homem comum a promover gastos extraordinários, a identificar-se com uma minoria privilegiada e juntar-se a ela em suas fantasias, em uma vida de conforto e refinamento.” ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 28. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

resultado jurídico é a mudança das *expectativas* do consumidor na sua relação contratual com o comerciante.¹⁰²

A sociedade de consumo utiliza a informação como mecanismo de elo entre o consumidor e o mercado, em outras palavras, é através das habilidades e da rapidez da comunicação – possibilitada pela sociedade de informação – que o consumo consegue ganhar potência e demanda, ampliando-se consideravelmente.

Em sentido contrário, Lypovetsky aponta que “o consumidor seduzido pela publicidade não é um enganado, mas um encantado. Em síntese, alguém que acolhe uma proposição estetizada. Repito minha fórmula da época: a publicidade funciona como cosmético da comunicação.”¹⁰³

Na concepção do autor, a publicidade não impõe condutas consumistas aos indivíduos, mas apenas oferece maneiras de ampliação da qualidade de vida, nessa ordem, defende a ideia de que a publicidade não tem a capacidade de criar novas demandas, mas apenas ampliar vontades. Em síntese, a publicidade não tem o poder de instigar comportamentos consumistas nos indivíduos, mas sim o de ampliar a aspiração ao bem-estar.¹⁰⁴

Embora seja inegável que a publicidade exerça influência sobre a ampliação da vontade dos indivíduos, não parece razoável negar a hipótese de que, em determinados casos, a influência da mídia seja, também, capaz de fazer surgir novas e diferentes demandas pelo consumo, induzindo os consumidores a adquirir novos produtos e serviços.

Para além da função de instigação ao consumo, a publicidade também desempenha papel importante no sentido de fornecer subsídios para a informação e, em consequência, o consentimento dos consumidores.

Na sociedade contemporânea, a publicidade, como “instrumento poderosíssimo de influência do consumidor”, desempenha um papel fundamental, seja do ponto de vista econômico-social-cultural, seja de uma perspectiva jurídica, já que é influente ferramenta de formação do *consentimento do consumidor*. Embora o fenômeno publicitário não seja propriamente recente, é dos últimos anos esta forma de enxergá-lo, em particular pelo Direito. Um dos indicadores da massificação da sociedade contemporânea é o *marketing*, manifestação esta que, como veremos, inclui

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1203.

¹⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.** 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 36.

¹⁰⁴ LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.** 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 36.

a publicidade – “essa indomável força que comanda o mundo negocial” – como uma de suas vertentes de maior complexidade e atualidade.¹⁰⁵

A publicidade – na sociedade de consumo - exerce influência nos consumidores, levando-os ao consumo de bens e serviços. O problema, entretanto, ocorre quando a publicidade prejudica ou induz a um consentimento errado do consumidor, fazendo-o presumir como necessário determinado produto e serviço ou, ainda, quando fornece informações obscuras aos consumidores, levando-os a erro.

A sociedade de informação, multifacetada e conectada, em decorrência do fenômeno da globalização, fez surgir um aumento significativo na transnacionalização da informação e a do acesso à informação, entretanto, isso não acompanhou um aumento do conhecimento e do livre discernimento dos indivíduos inseridos nesse contexto.

Hoje, considero prioridade criticar o mito da comunicação. Existem afirmações, verdadeiros *slogans*, que não contam do real e geram novos reducionismos. Diz-se que estamos na “sociedade de informação”, na “sociedade da comunicação” ou na “sociedade do conhecimento”. Refuto. Estamos em sociedades de informação, de comunicação e de conhecimento. Claro que estamos em sociedades de informações, até do ponto de vista físico, da teoria da informação, basta pensarmos nas tecnologias digitais (DVD, televisão digital, etc.), que são aplicações da teoria da informação. Mas a informação, mesmo no sentido jornalístico da palavra, não é conhecimento, pois o conhecimento é resultado da organização da informação. Ora, na atualidade, temos excesso de informação e insuficiência de organização, logo, carência de conhecimento.¹⁰⁶

Embora a informação seja, de fato, muito recorrente na pós-modernidade, não se deve relacionar o acesso à informação com o acesso ao conhecimento, longe disso, o que se percebe é que a informação apresentada na sociedade de consumidores se estabelece sem uma organização necessária para o reconhecimento e a compreensão dos indivíduos.

Na perspectiva dos contratos de crédito ao consumo, não basta que haja a regulação jurídica da informação, é necessário – para além disso – que a informação prestada seja eficaz e organizada no sentido de fornecer aos consumidores um rol mínimo de subsídios para que ele realize plenamente a opção por determinado produto ou serviço.

¹⁰⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. **O controle jurídico da publicidade.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 58. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

¹⁰⁶ MORIN, Edgar. A comunicação pelo meio (teoria complexa da comunicação). In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.** 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 12.

A informação, portanto, desempenha um importante papel na sociedade de consumidores, na medida em que, se utilizada de forma educativa, pode oferecer mecanismos de promoção e proteção da pessoa humana com relação aos abusos cometidos pelo mercado.

De acordo com Lisboa, “a comunicação possibilita a interação social e esta, por sua vez, a aquisição do conhecimento, o conteúdo da informação. A cognição é fato interno da vida psíquica humana que pode ser juridicamente relevante, desde que a informação transmitida venha a ser compreendida pelo receptor da mensagem.”¹⁰⁷

Na perspectiva trazida pelo autor, a informação deve ser capaz de fornecer um conhecimento que seja inteligível aos seus receptores, ou seja, deve ser capaz de contribuir para a construção de uma decisão consentida e que, de fato, revele as vontades e as necessidades dos consumidores, e não aquelas necessidades supérfluas construídas pelo *marketing*.

Para além da promoção do consumo, a informação se revela como importante mecanismo protetivo dos consumidores, uma vez que – se feita de maneira correta – oferece um rol básico de conhecimento suficiente para que os consumidores possam calcular os riscos e a capacidade de solvência, evitando situações como o superendividamento das pessoas físicas.

O direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente da atividade econômica. Esse segundo sentido, próprio do direito do consumidor, cobra explication de seu enquadramento como espécie do gênero direitos fundamentais.¹⁰⁸

Lôbo defende que a informação é direito fundamental do consumidor e que, por isso, faz surgir a necessidade de uma conduta positiva do fornecedor de produtos e serviços, no sentido de que este necessita fornecer todo o conhecimento necessário ao livre entendimento de determinada relação de consumo que se pretenda estabelecer.

Nos contratos de consumo de crédito, a informação deve ser compreendida como uma obrigação do fornecedor, no sentido de que seja suficiente para que os consumidores optem livremente – sem a influência do *marketing* – pela contratação ou não de determinada modalidade de crédito.

¹⁰⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Obrigação de informar**. São Paulo: Almedina: 2012. p. 27.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 598. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

Fabian aponta que “principalmente a proteção do patrimônio traz vários dos deveres de informar. Como as pessoas concluem um contrato com a finalidade de melhorar a sua posição patrimonial, há um dever de informar sobre tais fatores, que são importantes para a realização da finalidade contratual.”¹⁰⁹

Nessa ordem, a informação deve ser uma etapa pré-contratual que seja capaz de fornecer um conteúdo suficiente para a livre manifestação de vontade do consumidor, evitando situações de erro e risco na celebração de contratos de consumo.

Dado a importância preventiva que a publicidade correta e informativa pode oferecer aos consumidores, se faz necessário uma regulamentação jurídica da sua atividade, na medida em que tal regulamentação evitaria situações de uso abusivo da publicidade.¹¹⁰

De acordo com Lisboa, “a obrigação de informação contratual é de extrema importância na sociedade de informação, ante a variada gama de negócios jurídicos que são diariamente concluídos, por força da massificação contratual e da globalização econômica.”¹¹¹

A regulação jurídica da informação se revela importante para a proteção dos agentes inseridos na economia globalizada, na realidade dos consumidores, a informação correta e elucidativa exerce força protetiva contra os abusos do mercado e se faz necessária sob a perspectiva de um direito que se pretenda humanista e emancipatório.

Esse atualizado humanismo significa atribuir à humanidade o destino de viver no melhor dos mundos. A experimentar o próprio *céu na terra*, portanto. Mas assim transfundido em democracia plena, ele passa a manter com o Direito uma relação necessária. O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim. É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante *figuras de Direito*. Que são os

¹⁰⁹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 122.

¹¹⁰ De acordo com Lôbo, “a tensão entre globalização econômica e Estado social levou à contradição entre demanda econômica do Estado mínimo, dominado pelo mercado, e a demanda social da função regulatória. Mas a substituição do Estado empreendedor pelo Estado regulador não altera, substancialmente, a natureza jurídica de Estado social, que se diferencia do Estado liberal, da etapa anterior, justamente por intervir nas relações privadas. Ou seja, enquanto houver uma ordem econômica constitucional, independentemente do grau de intervenção legislativa, judiciária e administrativa, nela fundado, haverá Estado social. O direito do consumidor, incluindo o direito à informação, insere-se nesse contexto de reforço do papel regulatório, pois suas regras tutelares configuram contrapartida à liberdade irrestrita de mercado, na exata medida do espaço de humanização dos sujeitos consumidores.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 597. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

¹¹¹ LISBOA, Roberto Senise. **Obrigaçao de informar**. São Paulo: Almedina: 2012. p. 69.

institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera.¹¹²

O caráter protetivo do direito se revela fundamental na proteção dos indivíduos contra os abusos cometidos pelo mercado, a informação, nesse contexto, desde que devidamente apresentada e regulada exerce força emancipatória e influência a tomada de uma decisão livre e consentida desses consumidores inseridos na sociedade de consumo.

O superendividamento, nesse cenário, pode ser compreendido como um risco do consumidor que pode fazer agravar sua vulnerabilidade. Entretanto, existem mecanismos que – a depender de sua eficácia – podem ser formas preventivas dessas situações.

Um destes mecanismos de controle e prevenção do superendividamento é a própria informação, desde que regulamentada e de acordo com regras que sejam suficientes para que o conteúdo passado aos consumidores seja capaz de fazer com que ele realize um consumo consciente do produto ou serviço.

O dever de informação deve ser considerado como instrumento legal hábil para a proteção e integridade do consentimento dos consumidores de crédito, na medida em que tais consumidores estão inseridos numa realidade de contratação padrão, onde não existe uma etapa necessária para a reflexão sobre a possibilidade de solvência e negociabilidade de contrato. A realidade da contratação em massa e da sociedade de consumo podem surtir efeitos de elevado risco aos consumidores.¹¹³

No caso específico da tomada de crédito, por exemplo, a regulamentação da informação é um mecanismo de extrema importância para o cálculo dos riscos e da possibilidade de solvência que um determinado consumidor poderia ter.

As influências diretas e inequívocas das políticas de marketing das instituições financeiras, mormente quando acopladas ou relacionadas com a publicidade e oferta abundantes pelos fornecedores de bens de consumo em geral, estes que são os ícones da autoestima do indivíduo pós-moderno, estão na ordem do dia das discussões sobre o abuso e a responsabilidade civil dos fornecedores, pelos problemas sociais daí decorrentes.¹¹⁴

¹¹² BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

¹¹³ LIMA, Clarissa Costa de. *O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 373. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

¹¹⁴ GAULIA, Cristina Tereza. *O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 808. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

Nessa ordem, deve-se garantir que as operações financeiras de oferta de crédito utilizem a publicidade não apenas com a função de promover e instigar o consumo – função do *marketing* – mas também como forma de fornecer padrões informativos que evitem abusos contra os consumidores tomadores de crédito.

O Código de Defesa do Consumidor possui normas que ditam padrões e informações mínimas que devem estar presentes no momento de celebração de um contrato de consumo, entretanto, tais informações são apresentadas – na maioria das vezes – sem que o consumidor tenha conhecimento real do seu conteúdo.¹¹⁵

De acordo com Fabian, “para assegurar a oportunidade de tomar conhecimento prévio, o fornecedor deve apresentar completamente o contrato. Quando as cláusulas gerais são muito amplas, o consumidor pode pedir a entrega do documento, para que ele possa lê-lo.”¹¹⁶

Nesse sentido, não basta apenas que o Código de Defesa do Consumidor faça previsão de normas e informações mínimas de publicidade, é necessário, também, que se formalizem meios de controle e adequação das informações fornecidas, até que elas se tornem compreendidas pelos consumidores.

O superendividamento das pessoas físicas, sob o prisma da informação e da publicidade, poderia ser prevenido desde que essas atividades possuíssem uma regulamentação jurídica eficaz.

Significa, em outras palavras, que a publicidade não deve ser apenas analisada sob o prisma do *marketing* para o consumo, ou seja, como forma de se potencializar a aquisição de produtos e serviços.

¹¹⁵ De acordo com Marques, “certo é que o Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de novos deveres para o fornecedor que se utiliza (patrocina) da publicidade no mercado, como método comercial e de incitação ao consumo. O principal destes deveres é o de “veracidade especial”; a publicidade comunica, logo é forma de informação, mas também é livre para não trazer nenhuma informação precisa ou mesmo nenhum sentido, pura ilusão publicitária, mas se trouxer alguma informação, seja sobre o preço, sobre qualidade ou quantidade, sobre os riscos e segurança ou sobre características e utilidades do produto e do serviço, esta informação deve ser verdadeira (arts. 36, § único, 37 § 1.º e 38 do CDC). Introduziu, igualmente, o dever de identificação da publicidade como tal, de forma a garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço e o dever de conduta leal publicitária, proibindo o que considerou conduta abusiva ou enganosa (art. 37, CDC) e assegurando direito conexo a estes deveres (art. 6.º, V, CDC).” MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 112. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

¹¹⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.

Para além disso, a publicidade pode e deve ser uma forma de controle e prevenção às situações de consumo excessivo e de risco, na medida em que forneça todas as informações necessárias aos consumidores.

Na perspectiva das relações de consumo, em que o consumidor necessita de proteção especial dada a sua vulnerabilidade, o fornecimento de informações adequadas deve ser encarado como um dever do fornecedor de produtos e serviços.

De acordo com Lôbo, “o direito fundamental à informação resta assegurado ao consumidor se o correspelto dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se lhe impõe, em decorrência do exercício de atividade econômica lícita.”¹¹⁷

A informação como direito assegurado ao consumidor só será exercida se houver, de fato, a vinculação ao dever de informar por parte do fornecedor, nesse sentido, requer que mecanismos legais estejam previstos, com a finalidade de vincular a atividade de fornecimento de produtos e serviços à informação necessária para a livre manifestação de vontade dos consumidores.

É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do produto ou serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, durante todo o período em que perdurar a relação contratual. O necessário fluxo constante e permanente de informações adequadas e relevantes para o consumidor (especialmente aquelas relativas a risco, qualidade e natureza do produto ou serviço) deve ser feito, sempre que possível, ou inexistir outro meio mais eficaz, através da veiculação de relatórios periódicos tornados adequadamente acessíveis ao consumidor. A adequação da informação fornecida ao consumidor no mercado de consumo deve ser definida levando-se em consideração os custos da transação e a racionalidade limitada do consumidor.¹¹⁸

Nessa ordem, faz-se necessário não apenas o fornecimento de informação na etapa pré-contratual, mas também em todo o decorrer do contrato, assegurando que o consumidor tenha condições reais de conhecimento e consentimento com relação aos efeitos do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor (art. 6º) assegura como direito básico do consumidor o de obter informação adequada e clara sobre determinado produto e serviço, aponta, ainda, para a necessidade de que os riscos de tal operação sejam apresentados aos consumidores.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 597. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

¹¹⁸ MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. **Direito à informação nos contratos relacionais de consumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 673. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

Como apontado por Fabian, “a informação deve ser *adequada*. Ela não precisa ser profunda ou muito detalhada. Devem ser informações de quantidade e qualidade, para que o consumidor possa formar livremente a sua vontade de consumir. Este conceito é uma delimitação para que o dever de informar torne-se praticável.”¹¹⁹

Através da inteligência do referido artigo do CDC, presume-se um direito essencial do consumidor de obter não apenas as características, mas uma informação que seja suficiente para a sua escolha pelo consumo de determinado produto.

No mesmo sentido, Lisboa enfatiza que “a *obrigação de informar nos contratos tem por função*, conforme exposto, *a promoção da interação jurídica e a outorga de conhecimento recíproco* de mesmo nível entre as partes naquilo que for de relevo para a satisfação dos interesses delas no negócio jurídico.”¹²⁰

Nesse contexto, não basta apenas que exista a previsão do dever de informar, é necessário que a informação fornecida seja capaz de promover uma relação de conhecimento sobre as cláusulas contratuais que sejam similares entre as partes de determinado negócio jurídico.

No caso específico dos contratos de tomada de crédito, as informações fornecidas gozam de muita tecnicidade e pouca habilidade de compreensão por parte dos consumidores que, na maioria das vezes, são leigos com relação ao conteúdo das cláusulas contratuais.

Apenas a previsão legal do direito à informação, em síntese, não é suficiente para que os consumidores tenham condições reais de conhecimento e livre manifestação de vontade no momento de se adquirir um determinado produto ou serviço.

É necessário, para além disso, que existam mecanismos de controle e eficiência das informações fornecidas, garantindo que elas sejam estabelecidas na proteção dos consumidores pessoas físicas.

A atual sociedade de consumo favorece comportamentos impulsivos ou precipitados em detrimento de comportamentos mais refletidos. A publicidade do crédito explora sistematicamente essa lógica consumerista, que se manifesta na urgência do prazer e contribui para exacerbá-la. Todavia, além de sua natural função persuasiva, a publicidade também deve desempenhar uma função informativa tão ou mais importante, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, ainda mais quando se trata de crédito que, manipulado com certa habilidade, esconde muitos perigos, apaga a noção do preço, enfraquece a defesa do consumidor contra a sedução dos bens e serviços ofertados, pois o freio da obrigação de pagamento à vista

¹¹⁹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

¹²⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Obrigaçao de informar.** São Paulo: Almedina: 2012. p. 42.

desaparece, multiplicando as necessidades do consumidor e atraindo para a sua satisfação imediata em detrimento do esforço. O controle da informação veiculada através da publicidade nos contratos de crédito ao consumo deve ser realizado de dois modos distintos, mas complementares: de um modo negativo, através da proibição de informações errôneas ou abusivas; e de um modo positivo, através da exigência de informações.¹²¹

As situações que envolvem a publicidade do consumo de crédito devem ser analisadas como maior cautela, na medida em que, devido à própria natureza do produto ofertado, podem desencadear situações de risco que se prologam no tempo, como no caso de empréstimos parcelados.

A informação apresentada ao consumidor deve ter como limitação a publicidade de conteúdo abusivo, mas também oferecer todas as diretrizes necessárias ao conhecimento do consumidor.

De acordo com Marques, “a *publicidade abusiva* é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.”¹²²

O superendividamento das pessoas físicas também é desencadeado nas situações em que o consumidor não possui capacidade de calcular sua possibilidade de solvência das dívidas contratadas, levando-o ao inadimplemento em massa e, como consequência, ao superendividamento.

Realizar uma informação que seja capaz de educar financeiramente os consumidores inseridos na sociedade de consumo se faz necessário na medida em que diminui situações de desconhecimento dos riscos de determinadas operações de consumo.

O consumidor que possui livre discernimento no momento de celebração de contrato de crédito, por exemplo, tende a analisar os gastos e custos operacionais em longo prazo, evitando situações de endividamento excessivo.

É necessário salientar, entretanto, que não basta apenas que a informação seja fornecida de maneira a tornar-se compreensível, é necessário, também, que seja disponibilizado ao consumidor um tempo para análise das condições pré-estabelecidas.

A exemplo do direito francês, o microssistema de defesa do consumidor deveria realizar a previsão de tempo com o qual o consumidor pudesse ter contato direto com o

¹²¹ LIMA, Clarissa Costa de. **O Mercosul e o desafio do superendividamento.** Revista de Direito do Consumidor, n. 73, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março, 2010. p. 22.

¹²² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 835.

contrato, evitando tomada de decisões desencadeadas pelo *marketing* e que levam o consumidor a contratar impulsivamente.

O Código de Consumo Francês, no seu art. 311-4¹²³, faz a previsão de que a publicidade, cujo conteúdo seja o crédito para o consumo, deve ser leal e informativa e, também, apresentar todas as informações necessárias sobre o custo do crédito, taxa de juros, duração do contrato proposto, a fim de tornar possível ao consumidor a compreensão do objeto contratado.

Além disso, o Código de Consumo Francês (art. L311-8¹²⁴) faz previsão de um prazo para reflexão do consumidor, nessa ordem, o credor deve fornecer todas as informações que permitam ao possível contratante determinar se aquele contrato de crédito almejado se adapta às suas necessidades financeiras e a sua capacidade de solvência.

Para realizar tal reflexão, o credor deve fornecer todas as características que são essenciais ao contrato, bem como as consequências que a inadimplência pode acarretar na vida financeira do consumidor.

Tais informações são estruturadas visando prevenir situações de endividamento por parte dos consumidores de crédito, uma vez que, após o fornecimento exaustivo de todos os

¹²³ Tradução livre. No original: art. L 311-4. Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur l'une des opérations visées à l'article L. 311-2 et indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne de façon claire, précise et visible les informations suivantes à l'aide d'un exemple représentatif : 1° Le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; 2° Le montant total du crédit ; 3° Le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; 4° S'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; 5° S'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; 6° Le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 07 de agosto de 2015.

¹²⁴ Art. L331-8. Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur. Lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente, le prêteur veille à ce que l'emprunteur reçoive ces explications de manière complète et appropriée sur le lieu même de la vente, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges. Les personnes chargées de fournir à l'emprunteur les explications sur le crédit proposé et de recueillir les informations nécessaires à l'établissement de la fiche prévue à l'article L. 311-10 sont formées à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement. L'employeur de ces personnes tient à disposition, à des fins de contrôle, l'attestation de formation mentionnée à l'article L. 6353-1 du code du travail établie par un des prêteurs dont les crédits sont proposés sur le lieu de vente ou par un organisme de formation enregistré. Un décret définit les exigences minimales auxquelles doit répondre cette formation. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 07 de agosto de 2015.

dados necessários, bem como do prazo de reflexão dado ao consumidor, os riscos da contratação diminuem exponencialmente.

De todo o exposto, a informação adequada deve estabelecer uma relação de confiança entre fornecedor e consumidor, tal relação é indispensável em virtude da proteção do consumidor vulnerável, tendo como suporte o princípio básico da confiança.

A função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transforma o contrato de consumo, de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas do mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor, exigindo, então, um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos. A confiança legítima do consumidor não pode ser violada nas relações de consumo. A manifestação de vontade do consumidor é dada almejando ele alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam expectativas, também, legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais. No sistema tradicional, seus intentos poderiam vir a ser frustrados, pois o fornecedor, elaborando unilateralmente o contrato, o redigia da forma mais benéfica a ele, afastando todas as garantias e direitos contratuais que a lei supletiva civil permitisse (direitos disponíveis). No sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na *prestaçao contratual*, na sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se espera, e irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na *segurança* do produto ou do serviço colocado no mercado. A idéia de proteção da confiança legítima do mais fraco é hoje um princípio geral do direito privado.¹²⁵

Nesse sentido, o consumidor tem direito assegurado a ter o suporte necessário para que manifeste livremente a sua confiança com relação a determinado produto e serviço fornecidos pelo mercado.

A função social dos contratos de consumo também deve ter como alicerce a boa-fé objetiva entre os contratantes, de acordo com Fabian, “boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.”¹²⁶

A relação de respeito e confiança entre fornecedores e consumidores, nesse aspecto, não decorre unicamente do princípio básico da confiança, mas também da verificação da boa-fé objetiva e dos deveres anexos dela decorrentes, principalmente o dever anexo à informação adequada.

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1202.

¹²⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 12.

De acordo com Menezes Cordeiro, “a aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa-fé.”¹²⁷

A boa-fé objetiva, portanto, deve nortear toda relação de consumo, fornecendo padrões de eticidade, lealdade e confiança entre as partes, a fim de estabelecer e dar conteúdo social aos contratos de consumo.

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento -, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc.¹²⁸

Para Silva, “o princípio da boa-fé contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação.”¹²⁹

Nessa ordem, a boa-fé serve como guia e como limite para o modo como determinado contrato deve ser realizado, evitando aberturas que possam levar algumas das partes da relação a um risco excessivo.

No caso específico de tomada e contratação de crédito, em suas diversas modalidades, a confiança se torna ainda mais imperativa, na medida em que tais contratos tendem a se estabelecerem por um longo período, onde persiste a relação de consumo existente entre consumidor e fornecedor.

Significa dizer que, em síntese, o fornecedor deve garantir todas as informações para que o consumidor de crédito tenha a capacidade de estabelecer sua confiança na relação contratual durante todo o período em que o contrato perdurar.

¹²⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 1241.

¹²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995. p. 125.

¹²⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 34.

Tal mecanismo assegura que os riscos das operações de crédito de prazo elevado sejam diminuídos, evitando situações como o superendividamento do consumidor, na medida em que o endividamento excessivo tem grande incidência em virtude de acidentes da vida que ocorrem durante a vigência de contratos de crédito ao consumo, na situação em que as parcelas inicialmente contratadas se tornam excessivamente onerosas aos consumidores, levando-os ao inadimplemento das mesmas.

Fornecer uma informação adequada, que seja suficiente para que o consumidor expresse livremente sua confiança e, em consequência, o seu consentimento com relação a determinada relação de consumo que se pretenda estabelecer é imperativo em virtude da função social que o contrato de consumo deve estabelecer, função esta que extrapola os interesses referentes ao lucro do fornecedor.

O artigo 46 do CDC¹³⁰, estabelece que os contratos de consumo devam fornecer ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato, sob pena de não obrigar/vincular o consumidor. Estabelece, ainda, a necessidade de que o fornecedor não dificulte o entendimento e a livre compreensão do consumidor sobre as diretrizes contratuais.

O princípio da confiança que deve ser realizado entre consumidor e fornecedor desde o momento prévio à celebração do contrato possui ligação direta com a informação adequada e à livre manifestação de consentimento do consumidor.

O direito à informação também encontra previsão no art. 31 do CDC¹³¹, de acordo com o que dispõe o referido artigo, o fornecedor tem o dever de fornecer todas as informações que sejam necessárias, claras e precisas ao consentimento do consumidor, fornecendo todos os subsídios necessários, além de apresentar informações sobre os riscos que determinado produto ou serviço apresenta.

A previsão legal de se informar sobre os riscos é indispensável na perspectiva das operações de tomada de crédito, na medida em que pela própria natureza prolongada do contrato, os riscos são bastante relevantes.

¹³⁰ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasil, 1990.

¹³¹ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasil, 1990.

De acordo com Fabian, “as informações claramente formuladas sobre o produto facilitam para o consumidor a manifestação da vontade negocial. Mas também há um aspecto socioeconômico: o consumidor tem clareza sobre as opções no mercado de consumo e assim ele tem a possibilidade de comparar um produto com outros produtos oferecidos.”¹³²

Nesse sentido, resta inquestionável o papel da informação na sociedade de consumo, seja como veículo de comunicação e veiculação midiática de produtos ou serviços, seja como instrumento para a livre manifestação e escolha por parte dos consumidores.

Garantir que a informação apresentada possua uma regulamentação jurídica eficaz pode ser um importante mecanismo para a prevenção de riscos como o superendividamento dos consumidores.

¹³² FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

3 O RISCO NA SOCIEDADE DE CONSUMO: O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO PERDA DE CAPACIDADES

O superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, compreendido pela impossibilidade global de pagamento das dívidas atuais e futuras, excluídas as dívidas com o Fisco e as oriundas de delitos e alimentos, é um efeito decorrente das políticas de acesso ao crédito e do estímulo ao consumo de massa que provoca problemas sociais, econômicos e psicológicos nos indivíduos inseridos nas premissas da sociedade de consumidores.

A perspectiva do trabalho, contudo, é de apresentar uma nova interpretação conceitual ao tema, tendo como embasamento teórico o cenário econômico e social como fator preponderante para o aumento dos casos de endividamento excessivo.

Nesse sentido, considera o superendividamento do consumidor como um risco da sociedade de consumo, na medida em que é efeito imediato das novas estruturas comportamentais dos homens consumidores.

Esse risco elevado da exploração do mercado financeiro através do consumo de crédito e derivados faz surgir situações potenciais de superendividamento que, quando ocasionados, levam a perda das capacidades civis – inclusive a de consumo – levando o indivíduo a uma privação de suas liberdades.

Nesse viés, o superendividamento dos consumidores pessoas físicas pode ser compreendido como um risco decorrente da sociedade de consumo massificada, que explora o crédito através da captação de clientes que não possuem condições econômicas e técnicas de gerenciar uma determinada modalidade de crédito, agravando a vulnerabilidade desses consumidores e apontando a necessidade de uma legislação específica para o tema.

As políticas de incentivo ao crédito fizeram crescer a demanda por consumo nos indivíduos em virtude da ampliação ficta que o próprio crédito proporcionou no orçamento das famílias.

Através de empréstimos e da utilização do crédito parcelado, a aquisição de produtos e serviços cresceram em quantidade e valor agregado, isto é, os indivíduos passaram a adquirir maior quantidade de produtos e serviços em um curto espaço de tempo, sem a análise da capacidade de adimplência futura.

A realidade brasileira, consubstanciada pela falta de uma cultura de poupança, por exemplo, aliada a falsa ampliação de rendimentos que o crédito “proporciona”, amplia e potencializa o avanço crescente das situações de endividamento excessivo.

O desenvolvimento econômico, mesmo que consubstanciado na ampliação do crédito e na exploração do mercado financeiro e de consumo, não deve ser realizado sem mecanismos que permitam assegurar as liberdades dos indivíduos inseridos nesse contexto, diante disso, requer que medidas que garantam o exercício das capacidades para o exercício de direitos sejam garantidas pelo poder público.

O combate ao superendividamento dos consumidores, nesse cenário, deve começar pela implantação de políticas públicas preventivas, seja através da concretização de uma cultura educativa para o consumo ou da utilização de mecanismos que permitam ao consumidor a correta compreensão e discernimento, com prazo razoável, dos termos estipulados nos contratos.

Além do estabelecer todo aporte teórico sobre o instituto do superendividamento dos consumidores pessoas físicas, o capítulo aponta para os sistemas de abordagem do fenômeno, na medida em que decorrem da própria política econômica do país e indicam quais serão os caminhos e formas de tratamento dada aos indivíduos superendividados.

No que toca os sistemas de abordagem, o superendividamento pode ser analisado sobre a perspectiva da Política do Novo Recomeço – *Fresh Start Policy* – ou sobre a abordagem da Reeducação.

A *fresh start policy* encara o superendividamento como um risco decorrente da expansão do mercado financeiro, nessa medida, o indivíduo é tratado como agente econômico necessário à economia e necessita manter-se no mercado de consumo. Por entender o superendividamento como necessário à expansão da economia, a política do novo recomeço aposta na mitigação da responsabilização do indivíduo quanto ao seu endividamento excessivo, responsabilizando-o apenas como o seu patrimônio atual para o pagamento das dívidas.

Significa dizer que o consumidor apenas pagará as dívidas até o limite de seu patrimônio, sem endividamento futuro, isso permite que o sujeito reestabeleça sua capacidade de consumo e retorne como consumidor potencial fazendo a economia se expandir.

A visão da *fresh start policy* condiz, em alguns aspectos, com a análise do Direito proposta por Richard A. Posner, nesse contexto, o trabalho pretende demonstrar a relação existente entre esse sistema de abordagem do superendividamento e a visão de um direito pragmático e cuja finalidade seja a eficiência econômica.

A finalidade do Direito, nesse cenário, seria a de garantir uma ampliação da eficiência econômica necessária à maximização de riquezas, ou seja, o direito enquanto instrumento da economia, distante de uma abordagem moral e pautada em princípios filosóficos.

Em sentido contrário, o sistema da reeducação compreende o superendividamento como um erro do consumidor, decorrente da má gerência de seus rendimentos e em virtude das políticas de incentivo ao consumo.

Por entender que o superendividamento decorre, em determinado aspecto, da culpa do consumidor, este será responsabilizado pelo pagamento total de suas dívidas, com patrimônio atual e futuro, através de um plano de acordo estabelecido com os credores.

A vertente reeducativa, nesse sentido, realiza uma valoração moral da conduta do consumidor que se superendividou, convergindo com a interpretação moral do Direito proposta por Ronald Dworkin.

Por fazer uma valoração moral do superendividamento do consumidor, o sistema da reeducação, além de responsabilizar o consumidor pelo pagamento das dívidas, aponta para a necessidade de medidas como a (re)educação financeira desse indivíduo, fortalecendo o aspecto preventivo do superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

A abordagem da necessidade de uma legislação específica para o superendividamento no Brasil, através da análise do direito comparado francês – *Code de la consommation* – e do projeto de lei 283 de 2012, cujo objetivo é alterar o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, dispondo sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor, aponta para a especificidade das medidas necessárias para a tutela dos superendividados.

A legislação consumerista francesa já possui amplo regramento para a situação de superendividamento dos consumidores pessoas físicas e faz previsão de uma série de medidas que podem ser tomadas para o reestabelecimento pessoa do consumidor superendividado, sem ou com liquidação judicial de seus bens.

A proteção do consumidor pelo direito francês garante que, em casos de irremediável situação de comprometimento do rendimento pessoal em que não há a possibilidade econômica de colocar em prática medidas de tratamento, os bens necessários à sobrevivência do consumidor estejam protegidos e assegurados à manutenção de sua vida.

A lei francesa, com abordagem nitidamente reeducativa do fenômeno do superendividamento do consumidor, garante que a comissão do processo de reestabelecimento possa impor condutas ao consumidor que impeçam o agravamento de sua situação e, além disso, que garantam o pagamento das dívidas com relação aos seus credores.

A proteção da intimidade do consumidor superendividado também é garantida pela lei, na medida em que impõe condutas negativas às partes envolvidas no processo de reestabelecimento pessoal no sentido de impedir a divulgação das informações prestadas, uma

vez que o superendividamento, na maioria dos casos, ocasiona grande constrangimento social e familiar aos envolvidos.

Tais medidas podem, inclusive, direcionar o consumidor que se encontra superendividado para uma reeducação para o consumo, visando políticas de diminuição de futuros casos de superendividamento.

O Código de Consumo francês, portanto, orienta para a importância de se estabelecer uma disciplina específica sobre o tema superendividamento dos consumidores pessoas físicas, dado a complexidade do assunto e os efeitos reflexos para a sociedade, revelando a necessidade de se assegurar tutelas específicas em caso de endividamento excessivo.

Embora o Brasil possua instrumentos legais para tutelar os consumidores superendividados, como o art. 6º, V, do CDC, a ausência de legislação específica impõe barreira à atividade de proteção e tratamento desses indivíduos, sedimentando a necessidade de alteração do Código de Defesa do Consumidor para inclusão do tema.

A política de acesso ao crédito no Brasil, incluindo todas as classes econômicas no consumo de crédito sem a devida regulamentação da atividade, faz aumentar a necessidade de uma lei específica para garantir a tutela desses indivíduos inseridos no contexto de ampliação da economia através de mercado financeiro.

A vulnerabilidade do consumidor superendividado também é tema que necessita especial atenção, na medida em que o endividamento excessivo pode levar a privação das liberdades dos indivíduos e acarretar, como consequência, a diminuição de suas capacidades de consumo e de acesso aos direitos fundamentais básicos.

Essa perda de capacidades faz aumentar a vulnerabilidade do consumidor superendividado, potencializando sua subjugação aos efeitos do mercado e, por isso, agravando sua vulnerabilidade.

A exploração do mercado financeiro, através da facilitação da oferta de crédito para todas as classes sociais, dinamizou a desigualdade entre os consumidores e os fornecedores detentores de capital, uma vez que tais relações de consumo tendem a se prolongar no tempo e aumentam significativamente os riscos destas operações.

Essa desigualdade dinamizada leva às situações de maior vulnerabilidade dos consumidores com relação aos fornecedores detentores de capital no mercado de consumo, uma vez que a vulnerabilidade visa, justamente, garantir que o princípio da igualdade esteja assegurado nas relações de consumo.

A informação consentida, nesse contexto, desempenha importante ferramenta de proteção da vulnerabilidade do consumidor, necessitando ser assegurada e expandida em

todas as relações de consumo, principalmente as que envolvem contratos de crédito, uma vez que tendem a se prolongar no tempo e possuem elevado valor agregado, possibilitando novos casos de superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

3.1 Aporte teórico do superendividamento do consumidor

O superendividamento do consumidor pessoa física figura como consequência do aumento significativo da oferta de crédito ao consumo em nível global, entretanto, não se deve reduzi-lo apenas a perspectiva do aumento do consumo, na medida em que outros fatores levam à situação de endividamento excessivo.

Nas décadas recentes, legisladores têm lutado contra a multiplicidade de efeitos negativos causados por uma rápida e crescente maré de superendividamento entre pessoas físicas. Estes problemas já varreram regiões que diferem amplamente em termos não somente de cultura, história e estruturas sociais, mas também de desenvolvimento econômico e financeiro. Países desenvolvidos e em desenvolvimento de igual modo tem sofrido de uma mais ampla e mais profunda penetração de insolvência entre pessoas físicas, especialmente o acesso a financiamento tem se expandido para segmentos mais amplos da sociedade. Como muitas pessoas se beneficiam com o acesso ao crédito tanto para o empreendedorismo como para o consumo, a urgência de lidar com as inevitáveis causalidades econômicas pressiona mais fortemente. O excessivo endividamento impõe sérios problemas econômicos, em termos de perda de produtividade de amplos segmentos da população sob o fardo do débito, que seiva a iniciativa dos indivíduos e debilita a capacidade produtiva deles.¹³³

O superendividamento encontra previsão legal no Código de Consumo Francês, artigo L330-1. De acordo com o referido artigo, “a situação de superendividamento das pessoas físicas é caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de quitar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis ou vincendas.”¹³⁴

¹³³ SOARES, Ardyllis Alves. **Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – resumo e conclusões finais.** Revista de Direito do Consumidor. . Revista de Direito do consumidor, n. 89, São Paulo: Ed. RT, setembro-outubro, 2013. p. 436.

¹³⁴ Tradução livre. No original: art. L 330-1. La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 19 de novembro de 2015.

Para Marques e Fraude, “o *sobreendividamento*, também designado por *falência* ou *insolvência dos particulares*, inclui os casos em que as famílias se encontram em situação de impossibilidade de pagamento de uma ou mais dívidas.”¹³⁵

Em outra perspectiva, o superendividamento também pode ser compreendido não como uma impossibilidade de pagamento, o que configuraria inadimplência, mas a situação em que os indivíduos e as famílias endividadas possuem uma enorme dificuldade para o adimplemento de suas dívidas, comprometendo o rendimento básico familiar.¹³⁶

No Brasil, o conceito mais recorrente do fenômeno é o dado por Marques, que considera o superendividamento como a “impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas como o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos).”¹³⁷

O trabalho, contudo, pretende apresentar uma nova perspectiva conceitual, levando-se em conta o cenário econômico e social como fator preponderante para o aumento dos casos de endividamento excessivo.

Para tanto, considera o superendividamento do consumidor como um risco da sociedade de consumo, na medida em que é efeito imediato das novas estruturas comportamentais dos homens consumidores.

Esse risco elevado da exploração do mercado financeiro através do consumo de crédito e derivados faz surgir situações potenciais de superendividamento que, quando ocasionados, levam a perda das capacidades civis – inclusive a de consumo – levando o indivíduo a uma privação de suas liberdades.

A percepção de risco perpassa pelas novas organizações quem envolvem um aumento do mercado financeiro e de consumo na vida dos indivíduos, a exploração da riqueza pelo mercado de crédito faz surgir situações de elevado risco aos consumidores, como o superendividamento das pessoas físicas.

¹³⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais.** Disponível em:

https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25251/1/NE14_artigo2.pdf?ln=pt-pt. Acessado em: 23 de novembro de 2015.

¹³⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais.** Disponível em:

https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25251/1/NE14_artigo2.pdf?ln=pt-pt. Acessado em: 23 de novembro de 2015.

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de créditos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.** In: Marques, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

De acordo com Beck, “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*.¹³⁸ Nesse contexto, a exploração do mercado financeiro através da captação de novos clientes, sem a análise necessária sobre a capacidade de consumir desse indivíduos, faz com que a produção de riqueza através da exploração do capital ocasione riscos como o superendividamento do consumidor.

Entender o superendividamento como um risco da sociedade de consumo significa analisar como a exploração do mercado financeiro, principalmente a oferta de crédito, se polarizou sem a devida regulamentação e controle dos poderes públicos.

Em evidência, a exploração do crédito em escala mundial envolve cada vez mais a captação de novos consumidores e a instigação ao consumo, fatores sem os quais o mercado de crédito não conseguiria se expandir de maneira satisfatória.

Nesse prisma, o superendividamento dos consumidores pessoas físicas pode ser compreendido como um risco decorrente da sociedade de consumo massificada, que explora o crédito através da captação de clientes que não possuem condições econômicas e técnicas de gerenciar uma determinada modalidade de crédito.

Questão que se coloca relevante, nessa ordem, é a análise do ambiente cultural em que essa exploração do crédito ocorreu. Em outras palavras, significa questionar qual o conhecimento e a cultura financeira em que os consumidores estavam inseridos no momento de radicalização da oferta de crédito.

Um dos grandes fatores que potencializam o superendividamento dos consumidores pessoas físicas é justamente a falta de educação financeira e para o consumo dos indivíduos inseridos no mercado.

Dito de outra maneira, a educação para o consumo figura como uma das etapas mais significativas no combate às situações de endividamento excessivo, isso porque o consumidor que possui condições reais de entender as cláusulas contratuais e analisar sua capacidade de solvência atual e futura tende a se envolver em operações de crédito de menor risco, evitando assim o superendividamento futuro.

A prevenção consiste em fazer com que o consumidor não seja levado a se comprometer em uma operação de crédito além de suas faculdades racionalmente previsíveis de reembolso. Isso implica, de um lado, que ele seja claro e precisamente comunicado de todas as informações necessárias

¹³⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23.

para que ele possa determinar o custo real da operação visada ao passo que, de outro lado e correlativamente, o organismo de crédito seja obrigado a avaliar a solvabilidade de seu cliente. Esse dispositivo é frequentemente completado pela concessão ao consumidor do direito de se retratar, gratuita e discricionariamente, após a conclusão do contrato, durante um prazo determinado; prazo durante o qual ele poderá refletir, sem pressão sobre a oportunidade de seu engajamento, caso necessário, liberando-se livremente.¹³⁹

O controle do crescente avanço das situações de endividamento excessivo começa, justamente, pela realização de políticas públicas preventivas, seja através da implantação de uma cultura educativa de consumo, seja através da utilização de mecanismos que permitam ao consumidor, mesmo após a realização do contrato, exonerar-se de uma dívida que seus rendimentos não conseguiriam suportar.

Aliar mecanismos de proteção dos consumidores no momento de celebração de contratos de crédito a uma educação consistente para o consumo reduziria, de maneira significativa, os riscos de novas situações de inadimplência em massa.

Isso porque, de acordo com Muñoz, “a vulnerabilidade, fenômeno jurídico paralelo à assimetria de informações do sistema econômico, é fenômeno ligado não apenas à ótica econômica, mas também ao acesso à informação, educação, associação e posição social.”¹⁴⁰

Nesse contexto, a vulnerabilidade do consumidor possui estreita ligação com o acesso à informação e, para além disso, da correta compreensão sobre as cláusulas e condições de um determinado contrato de consumo.¹⁴¹

Em evidência, uma sociedade que possui políticas públicas de educação para o consumo, aliada a uma regulação eficaz da publicidade e com mecanismos legislativos de

¹³⁹ BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Cláudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 11.

¹⁴⁰ MUNÖZ, Maria Paula Costa Bertran. **Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito.** Revista de Direito do consumidor, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 57

¹⁴¹ “As peculiaridades da sociedade brasileira e de parte de seu povo, todavia, fazem com que as garantias formais (controle da redação das cláusulas do contrato de adesão, por exemplo) não sejam suficientes para colocarem consumidores e instituições financeiras em pé de igualdade informacional quanto ao objeto contratado. [...]. O argumento do elemento econômico da assimetria de informações como reflexo do fenômeno jurídico da vulnerabilidade do consumidor exige uma leitura restritiva sobre quem merece ter sua vulnerabilidade reconhecida. A doutrina consumerista qualifica a vulnerabilidade sob os aspectos (a) informativo; (b) técnico e (c) econômico. Em nossa abordagem, adotamos a caracterização de vulnerabilidade como “a diminuição da capacidade do consumidor não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma de acesso à informação, educação, associação e posição social.” MUNÖZ, Maria Paula Costa Bertran. **Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito.** Revista de Direito do consumidor, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 56

proteção do consumidor, tende a se distanciar de situações como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas, na medida em que, a vulnerabilidade – ou seja, o grau de risco a que os indivíduos estão expostos – tende a aumentar significativamente quando não se tem um acesso adequado à informação.

O Código de Consumo francês, em seu artigo L. 311-8, assegura que o fornecedor de crédito ou qualquer intermediário deve fornecer ao consumidor todas as informações que sejam necessárias para que este possa determinar se o contrato de crédito proposto é adequado às suas necessidades e a sua capacidade financeira.¹⁴²

A legislação francesa, nesse aspecto, privilegia a prevenção na etapa pré-contratual, disponibilizando os recursos necessários para que o interessado na contratação tenha condições reais de análise da adequação do contrato à sua realidade financeira.

No mesmo sentido, o artigo L. 311-6, garante que o fornecedor de crédito ou intermediário forneça, antes da celebração do contrato e por escrito, as informações que são necessárias para que o interessado possa comparar a proposta com diferentes ofertas, a fim de que o consumidor possa exercer suas preferências e compreender, de maneira clara, as condições do contrato.¹⁴³

A celebração de um contrato em atenção aos interesses e possibilidades do consumidor diminui as situações de endividamento, na medida em que possibilita uma análise racional do objeto e das condições que se pretendem estabelecer.

Garantir o consentimento refletido do consumidor, principalmente nos contratos de crédito que tendem a ser prolongar no tempo, é medida protetiva de extrema importância contra o superendividamento dos consumidores.

¹⁴² Tradução livre. No original: art. L 311-8. Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 30 de novembro de 2015.

¹⁴³ Tradução livre. No original: art. L 311-6. I.-Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 30 de novembro de 2015.

Para além das situações que envolvam o crédito ao consumo, o superendividamento também pode decorrer de acontecimentos externos como crise econômicas mundiais, desemprego em massa, acidentes familiares e alta inflação.

Nessas situações, o superendividamento extrapola a autonomia do consumidor que, mesmo consciente e diante de um controle financeiro, se vê diante de uma situação em que não mais consegue adimplir suas dívidas atuais e futuras.

A doutrina europeia distingue o superendividamento entre passivo e ativo. A primeira categoria corresponde aos consumidores que não contribuíram ativamente para o aparecimento da crise de solvência, ou seja, não conseguiam pagar as dívidas em razão de circunstâncias imprevistas como desemprego, divórcio ou doença. Na segunda categoria, estariam os consumidores que abusaram do crédito e consumiram além das possibilidades da sua renda. Os superendividados ativos podem ser inconscientes, ou seja, consumidores que não souberam calcular o impacto da dívida no seu orçamento, porque não foram previamente informados dos encargos da contratação ou que tiveram acesso ao crédito concedido de forma irresponsável pelo fornecedor de crédito; enfim consumidores de boa-fé que acreditavam que conseguiriam honrar suas obrigações. Os superendividados ativos conscientes são aqueles consumidores que ficam excluídos do abrigo legal do tratamento, porque contrataram de má-fé, ou seja, com a intenção de não reembolsar a dívida no momento de seu vencimento.¹⁴⁴

Nesse contexto, o superendividamento passivo não diz diretamente a uma conduta positiva de consumo do indivíduo, mas a fatores extrínsecos a vontade do consumidor. A debilidade orçamentária pode ser de curto e longo prazo, o que leva a situações de endividamento leves ou graves.

A perda de um emprego, por exemplo, contribui para uma diminuição abrupta do orçamento familiar, reduzindo a capacidade de solvência familiar. Ainda que os empréstimos e as dívidas financeiras estivessem dentro do orçamento e, dessa maneira, sendo adimplidas, um acontecimento exterior à vontade do indivíduo faz com que tais dívidas ultrapassem o novo orçamento, gerando crises de endividamento.

A perspectiva é relevante no sentido de que tais riscos externos dificilmente são contabilizados pelos consumidores no momento de contratar um empréstimo ou utilizar o cartão na modalidade crédito – nesse cenário, a dificuldade de se controlar o endividamento futuro se da pela própria imprevisibilidade do acontecimento.

¹⁴⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

A realidade brasileira potencializa as situações de superendividamento passivo, na medida em que a distribuição de renda é bastante desigual, sendo que a maior parte da população possui ínfimo poder aquisitivo.

Aliado a esses fatores, falta no Brasil uma cultura de poupança que seria um importante meio para combater as situações de superendividamento passivo, ou seja, na hipótese de um acidente externo que causa o endividamento excessivo, dificilmente haverá renda para o adimplemento das dívidas.¹⁴⁵

O superendividamento ativo, em contrapartida, tem como base conceitual a conduta positiva do consumidor, ou seja, o ato de consumir como fator determinante para causar o endividamento excessivo.

Nesse cenário, o acesso ao crédito em suas diversas modalidades representa o fio condutor entre o indivíduo e a situação de inadimplência. Questão que se coloca relevante é a necessidade de um olhar crítico sobre a influência do *marketing* e da propaganda sobre o impulso de consumo desses sujeitos.

Quando contratado em situação de estabilidade financeira e laboral, o crédito permite melhorar a acessibilidade a determinados bens e serviços, contribuindo para o aumento do bem-estar dos indivíduos e das famílias. No entanto, há sempre o risco de algo correr mal, de sobrevir um acontecimento na vida de um devedor que o impeça de continuar a cumprir seus compromissos financeiros. Nesta situação, o sobreendividamento ou insolvência torna-se inevitável. E esse é o risco que a expansão da *open credit society* de matriz norte-americana traz inevitavelmente consigo. A gestão desse novo risco representa um desafio regulatório que tem forçado vários sistemas jurídicos europeus e não só a adoptar um conjunto de medidas de prevenção e tratamento. Mas uma regulação eficaz não pode prescindir de uma avaliação aprofundada do problema. O conhecimento de quem são e como actuam os sobreendividados é uma parte fundamental

¹⁴⁵ “[...] na sociedade atual, endividar-se faz parte do “jogo”, não é culpa de ninguém, ao contrário, é um fator macroeconômico importante, faz parte da liberdade do consumidor na sociedade atual. Crédito ao consumo e facilidade de acesso ao crédito podem ser coisas boas, as leis regulam a concessão responsável do crédito e proíbem os abusos por parte dos fornecedores de crédito, de produtos e de serviços conexos ao crédito. Endividar-se em um país com pouca poupança como o Brasil é normal para todas as classes sociais, mas não é sem perigos. Na Europa, alguns chamam o fenômeno “doentio” ou o nível perigoso de endividamento, de sobre-endividamento, mas preferimos a expressão francesa, do latim “super”, que significa apenas “muito”, não “demais”, de forma a evitar qualquer juízo de valores sobre este estado. O “super” aqui é, pois, apenas um adjetivo de quantidade, que visa alertar para a situação de impossibilidade global de pagar, de honrar ou de suportar este grande endividamento de consumo e de boa-fé de pessoa física consumidora. Pode ser rico, da classe média ou pobre e estar superendividado. Prevenir este estado ainda é a melhor solução.” BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 23.

dessa avaliação, que não deve, por isso, esgotar-se nas modelizações e nos cálculos probabilísticos.¹⁴⁶

Em síntese, a responsabilidade por um consumo além das capacidades econômicas desses sujeitos não deve ser analisada apenas sob a perspectiva da culpa *stricto sensu* do consumidor, isso porque diversos fatores, inclusive políticas de incentivo ao crédito, devem ser considerados.

Vejamos, qual a influência do meio social e da publicidade no que toca a instigação ao consumo na sociedade de consumidores? Quais e quantas políticas públicas eficazes estão sendo realizadas para a educação consumerista e consumista desses indivíduos inseridos no mercado de crédito? A regulamentação do *marketing* é feita de maneira satisfatória, evitando situações de publicidade abusiva?

O incentivo ao consumo vale-se do autorreferencial individual. Esse tecnicismo é movido pelo incular, no âmago do homem (inclusive, apelando para seu inconsciente), o desejo de ser digno. Sentir-se (e saber-se) digno é social e intimamente indispensável para o homem; e o desejo incutido no consumidor sedutoramente confunde a dignidade com a aquisição de algo parecer dignificar. Estas necessidades supérfluas são dispensáveis, se analisadas a fundo. Mas na contemporaneidade, a aquisição do supérfluo ganha proporções assustadoras: enquanto a necessidade morre com a aquisição do objeto, a satisfação de um desejo inaugura o início de outro. Quando muito se produz para a intensificação do consumo, a busca pela satisfação de desejos é imperceptível, conduzindo a uma escalada ininterrupta em que o consumidor é mero prazer imediato por simulacro de *status*, por variedade, por ansiedade e necessidade de recompensa.¹⁴⁷

Todos esses fatores devem ser considerados antes de se responsabilizar exclusivamente o consumidor pelo seu endividamento. Necessário salientar que não se pretende, com isso, afirmar que não exista, em alguns casos, a intenção consciente do consumidor em realizar contratações além de sua capacidade, com nítido caráter lesivo.

A classificação proposta pela doutrina distingue o superendividamento em algumas modalidades e leva em consideração, em síntese, a intenção do consumidor no momento da contratação, a situação financeira do indivíduo e os fatores externos que possam contribuir para uma futura e possível impossibilidade manifesta de pagamento.

¹⁴⁶ FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

¹⁴⁷ VIAL, Sophia Martini. **A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico.** Revista de Direito do Consumidor, n. 88, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto/2013. p. 269.

Nessa ordem, podemos agrupar o superendividamento em: superendividamento ativo consciente, superendividamento ativo inconsciente e superendividamento passivo. Sob a ótica da doutrina, essas seriam as situações possíveis de se enfrentar qual a causa do endividamento excessivo das pessoas físicas.

A subclassificação do superendividamento ativo em consciente e inconsciente se dá justamente para retirar da esfera protetiva aqueles indivíduos que se superendividaram sabendo que não conseguiriam adimplir suas dívidas – nessa situação, o elemento boa-fé não estará caracterizado – desde que comprovada má-fé do consumidor.

O consciente é aquele que, de má-fé, contrai dívidas convicto de que não poderá honrá-las, visando ludibriar o credor e deixar de cumprir sua prestação sabendo que o outro contratante que não terá como executá-lo. Isto é, a intenção do devedor, desde a contratação, já era a de não pagar. Age com reserva mental. Este superendividado não recebe apoio estatal para recuperar-se. Se for considerado que os pressupostos não são apenas para a proteção, mas sim para a própria condição de superendividamento, pode-se dizer que este nem mesmo se enquadraria no conceito, pois ausente o requisito da boa-fé.¹⁴⁸

O superendividamento ativo inconsciente, em contrapartida, é o que necessita maior atenção e cuidado, na medida em que representa a grande maioria das situações de endividamento excessivo.

Nessa situação, o indivíduo enquanto agente econômico necessário para o crescimento da economia, se vê diante de inúmeras possibilidades construídas pelo *marketing* para ampliar sua qualidade de vida e encontra no crédito a ampliação de renda necessária para tanto.

A sociedade de consumidores exerce influência direta sobre as condutas consumistas dos indivíduos no que toca o superendividamento ativo inconsciente – para além de uma mera classificação, se faz necessário um olhar crítico do próprio arranjo econômico que utiliza esse indivíduo como peça necessária para o avanço da economia.

Por outro lado, o superendividado ativo inconsciente é aquele que agiu impulsivamente e que, de maneira imprevidente, deixou de fiscalizar seus gastos. É o consumidor imprevidente que, embora não tenha sido acometido por nenhum fato superveniente, terminou por superendividar-se por pura inconsequência e não com dolo de lograr, enganar. Também é o caso do chamado “pródigo”. Neste caso, o fenômeno do superendividamento se dá

¹⁴⁸ SCHIMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 251.

em função de que a sociedade moderna de consumo induz as aquisições supérfluas e desnecessárias, pelo simples impulso da compra.¹⁴⁹

Quando analisamos situações em que fica caracterizado o superendividamento ativo inconsciente, em síntese, estamos lidando com os próprios riscos do mercado financeiro surtindo seus efeitos naquele indivíduo-consumidor que, na verdade, exerce papel estritamente econômico.

Nesse contexto, o superendividamento ativo inconsciente ocorre quando o consumidor “superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder as tentações de consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe.”¹⁵⁰

Aqui, a perspectiva da pessoa, seus valores, sua dignidade e seus direitos fundamentais são substituídos por uma construção necessária ao avanço do capitalismo financeiro: o indivíduo “deixa” de ser sujeito de direitos para exercer papel de agente econômico e só fará sentido enquanto mantiver sua capacidade de consumo de maneira cíclica e constante.

De acordo com Lima, “o superendividamento pode resultar do excesso de crédito disponível e de sua concessão irresponsável, ou seja, quando o profissional concede o crédito sabendo, ou devendo saber, que o devedor não terá condições financeiras de reembolsá-lo no futuro.”¹⁵¹

O acesso ao crédito vem sendo realizado sem a devida adequação da margem ofertada com relação à capacidade econômica dos consumidores, no caso específico do cartão de crédito, as margens estabelecidas em um determinado período dificilmente serão corrigidas ou adequadas às novas rendas de tais indivíduos, fazendo com que o limite disponível se torne inadequado aos novos rendimentos familiares e pessoais.

O cartão de crédito aumenta o risco de superendividamento em razão de suas características muito peculiares em relação às tradicionais formas de crédito. A decisão de contratar a crédito é diferente, quando se trata do cartão de crédito, porque o crédito continua a ser concedido pelo fornecedor, após a assinatura do contrato de adesão, sem informações atualizadas sobre a situação do devedor. Frequentemente ainda são oferecidos aumentos no

¹⁴⁹ SCHIMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 252.

¹⁵⁰ KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas.** Revista de Direito do Consumidor, n 65, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março/2018. p. 74.

¹⁵¹ LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

limite do cartão sem solicitação prévia, e o pagamento mínimo aumenta os juros dificultando a quitação da dívida.¹⁵²

Nesse sentido, analisar o superendividamento dos consumidores requer mais do que simples análise da conduta do consumidor no momento de contratação de determinado modalidade de crédito, produto ou serviço.

Para além da análise da boa-fé, outros fatores devem ser considerados na apuração da conduta desse indivíduo e na forma como ele deverá ser tratado pelo poder público frente à sua situação de superendividamento.

O conceito mais utilizado pela doutrina configura o superendividamento pela impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo. Diante disso, alguns pressupostos necessitam ser compreendidos de maneira dinâmica e dialógica, para se evitar interpretações equivocadas sobre o instituto.

A ideia de impossibilidade global diz respeito a uma situação de inadimplência não só presente, mas também futura. Significa dizer que o indivíduo não está inadimplente apenas em período específico da vida, mas impossibilitado “permanentemente” de arcar com suas dívidas, sejam elas atuais e futuras.

A simples inadimplência momentânea, em evidência, não configura a situação de superendividamento, justamente porque não diz respeito a uma incapacidade do consumidor, mas a um acontecimento esporádico que o impossibilitou de pagar suas dívidas. Aqui, não existe uma mitigação da capacidade que configure a tomada de um agir positivo pelo poder público, uma vez que se restringe unicamente a esfera pessoal do consumidor.

Além disso, os casos de superendividamento dizem respeito exclusivamente às pessoas físicas, uma vez que já existe tratamento jurídico previsto para as pessoas jurídicas que não mais possuem condições de adimplir suas dívidas.

O conceito de consumidor carrega uma diversidade de compreensões e possibilidades, entretanto, para a finalidade proposta, considera-se a teoria finalista, de acordo com a qual, consumidor é aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final.

Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equiparese a consumidores a las demás personas,

¹⁵² LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuário a aquel que sin constituirse em destinatário final, adquiere, almacena, utiliza o consume produtos o servicios com el fin de integrarlos em processos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceiros.¹⁵³

Crítica que se faz ao conceito de superendividamento diz respeito ao adjetivo leigo, uma vez que abre um sem número de interpretações que podem prejudicar a configuração de uma situação de superendividamento.

Dito de outra maneira, no atual cenário globalizado de consumo, onde a grande parte dos contratos são realizados de forma adesiva, sem a real concordância dos consumidores com relação às cláusulas ali expressas, pouco importa a análise, na maioria das vezes subjetiva, sobre a aptidão técnica ou não desse consumidor.

A relação agressiva, irracional da sociedade capitalista, e o indivíduo buscando realizar-se, levam a práticas que exaltam o belo, o lúdico, o prazeroso. O comportamento impulsivo atinge a todos os cidadãos, mesmo aos consumidores mais letRADOS, com alta formação que supõe-se, não são tão facilmente ludibriáveis, mas, ainda assim, são pegos pelas armadilhas do *marketing* que cria necessidades e manipula as formas de demonstração de poder dos consumidores, levando-os a crerem que serão admirados e considerados bem-sucedidos, bonitos ou felizes se possuírem determinado produto. Exemplo desta publicidade está justamente nas instituições de fornecimento de crédito que captam clientes por meio da demonstração de confiança, personalismo e segurança e, por isso, geralmente veiculam informes publicitários com conteúdo emocional e não racional do comportamento do consumidor. Esse desejo de viver acima de suas possibilidades econômicas para obter tudo aquilo que a mídia de massa trata como indispensável, tem como consequência inevitável a ocorrência do fenômeno do superendividamento.¹⁵⁴

Diante do exposto, o conhecimento ou a falta de conhecimento do consumidor sobre as operações de consumo realizadas, não se revela preponderante, na medida em que os conteúdos e as orientações presentes na atualidade dizem mais respeito a perspectiva emocional e, portanto, irracional, do que propriamente técnica (racional).

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La relación de consumo: conceptualización dogmática em base al derecho del mercosur.** Doutrinas essenciais de direito do consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1270. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

¹⁵⁴ SCHIMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 255.

A boa-fé, no entanto, é o elemento conceitual mais importante na análise de cada caso concreto, na medida em que define e, de fato, exclui do tratamento aqueles indivíduos que realizaram contratações além de sua capacidade com nítido caráter fraudulento.¹⁵⁵

Entretanto, a boa-fé transcende a perspectiva conceitual e, além disso, configura-se como um importante princípio que deve ser correlacionado e averiguado para se definir qual será o meio utilizado para tratamento do superendividamento.

A aplicação de cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido de substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir. E neste sentido de preocupação com o conteúdo da operação econômica e não apenas com a sua forma, que o Código de Defesa do Consumidor, no § 1º, do art. 51, exige que o intérprete avalie as relações contratuais em toda a sua complexidade. As cláusulas devem ser apreciadas de forma finalística, verificando-se o conteúdo do contrato se adequa aos princípios do art. 4º do Código.¹⁵⁶

A boa-fé, nesse sentido, para além da análise da intenção do consumidor no momento de celebração de um contrato, deve ser interpretada como uma via protetiva do indivíduo, assegurando que o contrato celebrado foi realizado com a devida anuência do consumidor e atendendo as suas pretensões, além de garantir que qualquer situação de desequilíbrio na execução dos contratos seja reorganizada.

De acordo com o art. 51, IV, do CDC, cláusulas contratuais que estabeleçam qualquer tipo de obrigação abusiva ou que coloquem o consumidor em desvantagem significativa são

¹⁵⁵ “Em regra, quando contrata-se o crédito ou adquire-se o produto ou serviço em prestações, o consumidor tem condições de honrar sua dívida. Trata-se de uma boa-fé contratual que é sempre presumida. Em todos os países que possuem leis sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores, aquele que é protegido é sempre o consumidor pessoa física de boa-fé contratual. A boa-fé a base do combate ao superendividamento dos consumidores. Como já afirmamos muitas vezes, a imposição do princípio da boa-fé objetiva às relações de crédito com consumidores (Art. 4, III, CDC) leva a existência de um dever de cooperar dos fornecedores para evitar a ruína destes consumidores. Haveria, pois, na relação de crédito ao consumo e nos financiamentos para o consumo (art. 52 do CDC), novos deveres de cooperação dos fornecedores de serviços bancário, de crédito e financeiros (Súmulas 297 e 283 do Superior Tribunal de Justiça- STJ) que imporiam um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los (*neue Verhandlungspflichten*) de modo a evitar a ruína e o superendividamento dos consumidores de boa-fé. BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Cláudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 23.

¹⁵⁶ SILVA, Agathe E. Schmidt da. **Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 89. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

nulas de pleno direito. Destarte, tais cláusulas necessitam, ainda, estar em compatibilidade com a boa-fé ou a equidade.

O artigo 52 do CDC postula, no mesmo sentido, a necessidade de que todo fornecedor de produto ou serviço que envolva o crédito, deva fornecer correta e adequadamente todas as informações necessárias para que o consumidor compreenda as cláusulas e os valores de um determinado contrato.

A boa-fé, enquanto cláusula geral de interpretação jurídica, requer do intérprete do direito muito mais do que a simples subsunção do fato a norma exposta, ou seja, para além do raciocínio lógico-subsuntivo, se faz necessário uma interpretação crítica e produtiva acerca das reais intenções referentes a um determinado negócio jurídico. Em síntese, a boa-fé promove o retorno de questões éticas para as novas demandas sociais que necessitam de regulação jurídica.¹⁵⁷

Nesse sentido, para além da análise estrita da declaração de vontades no momento de celebração de um contrato, o que se busca através da boa-fé é encontrar as reais motivações e o atendimento à vontade consentida dos contratantes.

De acorco com Silva, “na procura do reequilíbrio da relação contratual, passou-se a conceber o contrato menos direcionado a vontade declarada e mais voltado para as expectativas e as consequências que produzem na sociedade, ou seja, passou-se a considerar a função social do contrato de consumo.”¹⁵⁸

A boa-fé auxilia sobremaneira a aplicação do princípio da justiça contratual, contudo numa ótica mais formal que substancial, porquanto através dela se tem a filtragem de comportamentos mediante funções específicas, além de sua característica própria, voltada à legitimidade da obrigação como processo. Ponha-se que essa assertiva não seja unânime, considerando parte da doutrina que comprehende a boa-fé apenas como um “pseudocritério” ou uma “entorse científica” no relacionamento com a justiça contratual. A boa-fé detém três funções básicas e autônomas no direito privado: (i) princípio jurídico de interpretação dos contratos; (ii) caracterizador de deveres de conduta; e (iii) indicativa de limites para o exercício de direitos subjetivos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

¹⁵⁸ SILVA, Agathe E. Schmidt da. **Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 95. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

¹⁵⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341.

A boa-fé exerce, portanto, três funções: de princípio jurídico na interpretação dos contratos e, no caso do superendividamento, em sua própria categorização; como delimitador dos deveres de conduta e, por fim, como indicativa dos limites para o exercício de direitos.

A boa-fé, enquanto caracterizadora dos deveres de conduta, impõe as partes o dever de agir com lealdade, honestidade e reciprocidade, visando sempre garantir que o contrato atinja o seu objetivo. Mais do que isso, impõe – nas relações de consumo – um dever de agir maior ao fornecedor, principalmente no que toca a informação para a compreensão do consumidor, tal dever se potencializa quando estamos diante da oferta de produtos e serviços que envolvam o crédito, dada a complexidade e o tempo de duração que tais operações representam na vida do consumidor.

De todo o exposto, a nova proposta para a conceituação do superendividamento, nesse sentido, deve levar em consideração, para além da boa-fé e do caráter de continuidade da impossibilidade de adimplência, a perda de capacidades dos indivíduos que estão diante dessa situação.

Na perspectiva trazida por esse trabalho, o indivíduo enquanto agente econômico só possui “valor” social enquanto conseguir se manter no ciclo do consumo. Nessa ótica, qual o efeito para um sujeito que se encontra na situação de superendividamento?

Como efeito imediato, a incapacidade de solver as suas dívidas, o que levaria a uma mitigação da capacidade de consumo, devido à negativação do nome pelos órgãos de proteção do crédito, dentre outros.

Entretanto, como efeito mediato, estariamos diante da exclusão desse sujeito da sociedade de consumidores, exclusão que se dá justamente pela incapacidade “permanente” de ser manter como *homo consumericus*, ou seja, como consumidor ativo.

O que se percebe é que o grande problema do superendividamento em longo prazo é a exclusão desse indivíduo da vida em sociedade. A privação do consumo devido à perda de capacidades geradas pelo superendividamento faz com que a própria liberdade desse sujeito seja mitigada.

Analizar o superendividamento excessivo requer que se faça um estudo sobre as (in)capacidades que essa situação ocasionou no indivíduo, na medida em que, como aponta Sen, “a privação *relativa de renda* pode resultar em privação *absoluta de capacidades*.¹⁶⁰”

As liberdades individuais, nesse prisma, necessitam ser mantidas mesmo para aqueles indivíduos que se encontram em situação de superendividamento. Dito de outra maneira,

¹⁶⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 122.

deve-se preservar a manutenção das capacidades civis desses sujeitos e não realizar apenas um estudo sobre a privação de renda que o endividamento excessivo ocasionou.

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes. Além disso, as concepções individuais de justiça e correção, que influenciaram os usos específicos que os indivíduos fazem de suas liberdades, dependem de associações sociais – particularmente da formação interativa de percepções do público e da compreensão cooperativa de problemas e soluções. A análise e a avaliação das políticas públicas têm de ser sensíveis a essas diversas relações.¹⁶¹

O desenvolvimento econômico, seja através da ampliação e da instigação ao consumo, como a facilitação do acesso ao crédito, deve ser promovido desde que sejam também asseguradas as liberdades dos indivíduos. A ideia de desenvolvimento econômico que leva à privação das liberdades individuais não parece razoável e nem convergente com a proposição de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, as políticas públicas de prevenção e tratamento do superendividamento, para além da análise da privação de renda dos consumidores superendividados, devem levar em consideração a manutenção das capacidades civis e, em consequência, das liberdades individuais desses sujeitos.¹⁶²

¹⁶¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 48.

¹⁶² “Ver o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas das pessoas tem implicações muito abrangentes para a nossa compreensão do processo de desenvolvimento e também para os modos e meios de promovê-lo. Na perspectiva avaliatória, isso envolve a necessidade de aquilatar os requisitos de desenvolvimento com base na remoção das privações de liberdade que podem afigir os membros da sociedade. O processo de desenvolvimento, nessa visão, não difere em essência da história do triunfo sobre essas privações de liberdade. Embora essa história não seja de modo algum desvinculada do processo de crescimento econômico e de acumulação de capital físico e humano, seu alcance e abrangência vão muito além dessas variáveis. Quando nos concentramos nas liberdades ao avaliar o desenvolvimento, não estamos sugerindo que existe algum “critério” de desenvolvimento único e preciso segundo o qual as diferentes experiências de desenvolvimento sempre podem ser comparadas e classificadas. Dada a heterogeneidade dos componentes distintos da liberdade, bem como a necessidade de levar em conta as diversas liberdades de diferentes pessoas, frequentemente haverá argumentos em direções contrárias. A motivação que fundamenta a abordagem do “desenvolvimento como liberdade” não consiste em ordenar todos os estados – ou todos os cenários alternativos – em uma “ordenação completa”, e sim em chamar a atenção para aspectos importantes do processo de desenvolvimento, cada qual merecedor de nossa atenção. Mesmo depois de se atentar para isso, sem dúvida restarão diferenças em possíveis *ranking* globais, mas sua presença não prejudica o objetivo em questão. Prejudicial seria negligenciar – o que com frequência ocorre na literatura sobre o desenvolvimento – preocupações crucialmente relevantes devido a uma falta de interesses pelas liberdades das pessoas envolvidas.” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 51.

A privação de liberdades individuais em virtude da perda da capacidade de consumo não condiz com a proposta de um Estado Democrático de Direito, uma vez que a própria categoria humanista de proteção dos seus sujeitos estaria prejudicada.

De acordo com Wolkmer, “o processo de reconhecimento e de promoção dos valores humanos enquanto princípios, saberes, práticas e relações, na dimensão histórica do passado e do presente, expressam o ideário que se convencionou chamar de humanismo.”¹⁶³

É necessário que se repudie qualquer violência econômica contra os consumidores e, assim, evitar o aumento expressivo da inadimplência, seja na perspectiva individual ou familiar. O superendividamento necessita de políticas públicas eficazes no controle das atividades de crédito e do próprio consumo, através de práticas educativas e do controle da publicidade abusiva.

3.2 O *Fresh Start Policy* e a Reeducação: sistemas de abordagem do superendividamento

Classificação relevante é a que diz respeito aos sistemas de abordagem do fenômeno do superendividamento, na medida em que tendem a indicar qual a postura política, econômica, jurídica e social que cada país oferece ao tema.¹⁶⁴

A conjuntura econômica de determinado país é o fator determinante na adoção de um dos sistemas de abordagem do superendividamento do consumidor, quais sejam, o da *fresh start policy* e o da reeducação.

Nessa ordem, o superendividamento pode ser abordado sobre duas vertentes: como política de um novo recomeço ou como sistema de reeducação do consumidor.

¹⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 19.

¹⁶⁴ “No que diz respeito aos sistemas de tratamento do superendividamento nos países que já dispõem de lei específica, estes baseiam-se em filosofias distintas que podem ser conceituadas em duas categorias, quais sejam, o sistema da “*fresh start policy*” e o “sistema da reeducação”. O primeiro “encara o superendividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro e, por isso, aposta na socialização do risco de desenvolvimento do crédito, concebendo uma responsabilidade limitada para o consumidor.” Neste sistema, os bens do devedor são liquidados para o pagamento das dívidas possíveis, restando perdoadas as demais. O segundo, está fundado “na ideia de que o consumidor falhou e necessita ser reeducado. Neste modelo de tipo social conservador os indivíduos são encarados como seres responsáveis e cidadãos decentes e menos como agentes econômicos.” Deste modo, o superendividado é obrigado a pagar suas dívidas com patrimônio presente e rendimento futuro por meio de plano de pagamento acordado com os credores.” BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Cláudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 63.

O *Fresh Start Policy* (política do novo recomeço) tem grande popularidade nos Estados Unidos, com base nitidamente neoliberal, sedimenta-se nas sociedades que incentivam o crédito em larga escala (*open credit society*).

A política do novo recomeço reconhece o superendividamento como um risco que decorre justamente do avanço e da exploração do mercado financeiro, através do incentivo ao consumo em larga escala, das políticas de facilitação do crédito e dos empréstimos de longo prazo.

Superendividar-se, para os países que adotam a filosfia do *Fresh Start* é um acontecimento normal que decorre da expansão do mercado de consumo. Por tratar o endividamento excessivo com consequênci da exploração do mercado financeiro, o sistema em questão não realiza juízo moral do consumidor, analisando apenas a perspectiva econômica do acontecimento.

Em síntese, para a política do novo recomeço o importante é reagrupar esse consumidor endividado no mercado de consumo, de maneira rápida e eficaz, ou seja, reestabelecer a capacidade de consumo do indivíduo para que, novamente inserido no mercado, continue consumindo.

Diante da política do novo recomeço, o indivíduo que se encontra superendividado terá que pagar sua dívida utilizando apenas o patrimônio atual, nesse sentido, todas as dívidas futuras que extrapolam a capacidade patrimonial do indivíduo serão perdoadas. A finalidade desse “perdão” é a necessidade de manutenção da capacidade de consumo desses indivíduos para que o mercado se desenvolva.

A estruturação e o conteúdo de cada um dos sistemas com suas peculiaridades e objetivos convergem, de certa maneira, com aspectos das teorias de Posner e de Dworkin e na interpretação que cada um fornece sobre o direito.¹⁶⁵

Nesse sentido, a apresentação dos sistemas de abordagem será realizada na tentativa de demonstrar a adequação dos referidos sistemas com as teorias do pragmatismo jurídico de Richard Posner e com relação à leitura moral do Direito proposta por Ronald Dworkin, visando apresentar suas principais características quanto ao seu fundamento e finalidade.

¹⁶⁵ O trabalho não pretende esgotar as teorias dos autores citados, apenas referenciar aspectos teóricos tratados por Posner e Dworkin com relação aos sistemas de abordagem do superendividamento do consumidor. Para tanto, serão utilizadas os escritos sobre pragmatismo jurídico de Richard A. Posner, especificamente nos livros: “*Economic analysis of law*”; “*Direito, pragmatismo e democracia*”; “*Para além do direito*”. Em Dworkin, a abordagem da leitura moral do Direito será realizada tendo como suporte teórico as seguintes obras: “*Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*”; “*Uma questão de princípio*”; “*A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*.”

A análise econômica do Direito e a visão de um juiz pragmático de Richard Posner convergem diretamente com o sistema de abordagem do superendividamento do consumidor chamado de *Fresh Start Policy* – segundo o qual, o superendividamento deve ser entendido como um risco associado à própria expansão do mercado financeiro e à maximização da economia.

O referido sistema de abordagem carece de análise moral acerca do superendividamento do consumidor, propondo uma resposta que seja prática, eficiente e em consonância com o desenvolvimento econômico.

Nessa ordem, os atos e as responsabilidades morais dos indivíduos não são considerados para o tratamento da situação de superendividamento, justamente porque o consumidor é tratado como agente econômico necessário para a economia.

Em sentido oposto, o sistema da reeducação propõe o superendividamento como uma falha do consumidor e, por esse motivo, haverá a necessidade de que ele seja reeducado para o consumo, conforme uma análise moral e principiológica acerca dos fatores que motivaram esse consumidor a se superendividar.

Na concepção de Dworkin, existe uma ética de responsabilidade pelos atos que os indivíduos devem incorporar, tentando buscar seus valores morais e a preocupação com relação aos outros.

Nessa ordem, o sistema da reeducação se aproxima da crítica à análise econômica do direito feita por Dworkin, principalmente no que toca a “falta de ética” empregada por uma teoria que tem como finalidade última a eficiência e maximização das riquezas, sem uma análise moral dos riscos que essa atividade engloba.

3.2.1 Sistema do *Fresh Start Policy*: pragmatismo jurídico a serviço da economia

O sistema da *fresh start policy*, que prevalece nos países anglo-saxônicos da *Common Law*, encara o superendividamento como um risco necessário à expansão do mercado financeiro.

Esse sistema de abordagem do superendividamento sofreu grande influência da *open credit society*, que prega o acesso generalizado ao crédito, da filosofia individualista do *self-made man* e da prática de um Estado mínimo.

Nesse sentido, nos países de economia neoliberal, onde o consumidor é tratado mais como agente econômico do que como ser humano responsável por suas atividades financeiras,

o agente, enquanto alicerce da economia, se torna indispensável para a ampliação da concessão de crédito e, consequentemente, do poder de alcance e influência do mercado financeiro de um determinado país.

É lógico perceber que sujeitos com profundas e demasiadas dívidas não podem participar normalmente do mercado de consumo como um agente econômico (*homo economicus*) e, portanto, tornam-se mais um entrave do que um catalisador para o crescimento da economia com um todo. Considerando essa problemática e este ciclo negativo de consumo, que levaria a um decréscimo na produção, a lei americana de falência dos consumidores criou desde então a ideia de “novo recomeço” (*Fresh Start*) aos superendividados, permitindo-os extinguir seus débitos para que possam ser rapidamente reinseridos no mercado.¹⁶⁶

Os Estados Unidos foram os pioneiros no tratamento dado aos superendividados, “[...] já no século XIX, um sistema rudimentar da falência civil era previsto, no momento em que constantes crises políticas e guerras civis assolavam grandemente o território dos EUA.”¹⁶⁷

A lógica do mercado neoliberal, pautada pela ampliação forçada de crédito, comprehende o superendividamento como um mal necessário ao crescimento da sociedade de consumo, nesse viés, o superendividamento é tratado de maneira natural, não como uma patologia, mas como uma etapa calculada e “necessária” à maximização econômica.

Nessa ordem, esse sistema de abordagem do fenômeno do superendividamento do consumidor possui similitudes diretas com a análise econômica do direito e o pragmatismo legal proposto por Posner.

No pensamento de Posner, “a economia é uma poderosa ferramenta de análise de um amplo campo de questões de interpretação da lei”¹⁶⁸. Diante disso, o autor propõe uma intervenção direta da análise econômica na aplicação e interpretação do Direito.

A teoria de Posner propõe o Direito como um instrumento que deverá ser utilizado para atingir fins sociais. A finalidade do Direito, nessa ordem, seria a de garantir uma eficiência econômica e, em consequência, a maximização da riqueza da sociedade, convergindo diretamente com a visão do *fresh start policy*, uma vez que esta teoria entende o superendividamento como uma etapa à maximização da economia.

¹⁶⁶ JOBIM, Maria Luiza Kurban. *Estados Unidos e o sistema do Fresh Start: o “Discharge” (perdão) previsto pela Seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências*. Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio-junho, 2013. p. 345.

¹⁶⁷ JOBIM, Maria Luiza Kurban. *Estados Unidos e o sistema do Fresh Start: o “Discharge” (perdão) previsto pela Seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências*. Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio-junho, 2013. p. 344.

¹⁶⁸ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown & Co., 1972. p. 01

Posner afirma que o juiz, ao decidir um caso concreto, deve realizar uma análise entre o custo e o benefício que aquela decisão traria à sociedade. O Direito, nesse viés, só seria prospectivo quando conseguisse promover a ampliação das relações econômicas. Ao magistrado, caberia adequar sua atividade com a maximização da riqueza.

A eficiência, imperativo da análise econômica do direito, seria a adequação de um sistema social voltado à maximização da riqueza da sociedade. A visão de um juiz pragmatista, indispensável a essa finalidade, reflete uma pragmatismo legal empiricista, focado na racionalidade e na análise consequencialista que a sua decisão causaria na sociedade.

A teoria da lei do contrato de Holmes aponta para a essência da adjudicação pragmática ou, de forma mais ampla, do pragmatismo legal: uma elevada preocupação com as consequências ou, como me referi em outro texto, “uma disposição para fundamentar julgamentos de políticas em fatos e consequências e não em conceitualismos e generalidades.¹⁶⁹

Do exposto, o pragmatismo legal proposto por Posner reflete a atividade de um juiz que se prende à realidade fática e às consequências de sua decisão, ou seja, um juiz mais prático e menos preso a uma teoria moral e filosófica¹⁷⁰.

Para o pragmatista, tanto o filósofo quanto o jurista, por superestimarem o universo de abrangência da lógica, são demasiado propensos a confundir discrepâncias com erros e, assim, descartar prematuramente as visões discordantes. Também por isso, mostra-se insuficientemente interessados nos fundamentos empíricos dessas visões. O pragmatismo duvida sobretudo da capacidade da filosofia analítica e de seu irmão gêmeo, o raciocínio jurídico, para a determinação de deveres morais e direitos legais.¹⁷¹

Posner propõe um direito que seja adequado e pautado na experiência, no caráter empírico, ou seja, na realidade fática. Nessa linha, afasta o Direito de uma lógica estritamente

¹⁶⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 01

¹⁷⁰ Num resumo brutalmente breve, o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, não reconhece “dever” em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos). POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

¹⁷¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 09.

formalista, presa a preceitos definidos que limitam a atividade do juiz na decisão de um caso concreto.

O pragmatismo legal olha para a frente. O formalismo para trás, fundamentando a legitimidade de uma decisão judicial no fato de ser dedutível de uma norma ou princípio estabelecido anteriormente. Em outras palavras, para satisfazer o formalista, a decisão precisa ter *pedigree*. Essa abordagem dá ao passado poder sobre o presente. O pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, mas não porque tenha um senso de dever para com o passado. Ele está emancipado desse dever não apenas pelo caráter da análise pragmática, com sua insistência de que as conceitualizações sejam provadas como um resultado prático no aqui e agora, mas também pelo ceticismo sobre os métodos pelos quais os advogados constroem pontes do passado ao presente. Os métodos lógicos e analógicos que os advogados usam para ir de casos decididos, textos de leis e outros materiais convencionais de raciocínio legal para o caso em questão são notoriamente inadequados para resolver questões legais genuinamente novas e, portanto, para decidir os casos que fazem a lei avançar, os casos cujo resíduo é a lei. Os pragmatistas são historicistas, mas no sentido distinto de reconhecimento da proporção em que doutrinas legais particulares podem ser vestígios históricos em vez de verdades atemporais; o deles é o uso crítico da história.¹⁷²

Nesse contexto, Posner propõe uma diferença bastante densa entre o formalista e o pragmatista. Enquanto aquele tem a necessidade de olhar para trás no momento de decisão, ou seja, possui um dever ético de respeitar decisões passadas, este não possui um senso de dever para com o passado, sua atividade deve ser voltada para frente, ou seja, prognóstica e de continuidade.

O formalista força as práticas dos homens de negócios e das pessoas em geral e encaixarem-se no molde dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis, tais como o de “contrato”. O pragmatista, ao contrário, considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica.¹⁷³

Por tratar o superendividamento como uma etapa “necessária” ao avanço financeiro, o sistema do *fresh start policy* aposta na socialização do risco de endividamento, dessa maneira,

¹⁷² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 56.

¹⁷³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 422.

o consumidor não tem total responsabilidade pelo seu superendividamento, a responsabilidade é limitada.

O sistema do *Fresh Start Policy* tem como objetivo exonerar rapidamente o consumidor que se encontra em uma situação financeira difícil para que este possa ser reinserido no mercado, vez que a não reinserção desse agente econômico poderia dificultar o crescimento da economia de mercado ou, pelo menos, o seu estímulo para o desenvolvimento.

Havia, nesse sentido, uma situação antagônica que precisava ser regulada: em uma vertente, os Estados Unidos buscavam a expansão do consumo e o consequente aumento da circulação de mercadorias e, em outra, os agentes desse cenário se viam impossibilitados de consumir frente às situações de superendividamento que retirava a capacidade financeira desses indivíduos e, nessa lógica, a possibilidade de maximização econômica da sociedade.

Portanto, a solução encontrada foi justamente o “perdão” (*discharge*).

“Discharge” é o “perdão” de determinadas dívidas do devedor. Em outras palavras, o devedor deixa de ser responsável legalmente pelo pagamento das mesmas. O “discharge” é uma ordem permanente que proíbe os credores de tomarem quaisquer ações judiciais ou extrajudiciais para a satisfação do crédito, seja por meio de telefonemas, cartas, ou contato pessoal. Ainda que o devedor não seja pessoalmente responsável pelas dívidas “perdoadas”, uma garantia válida (i.e., uma cobrança sobre determinado bem que tenha sido oferecido para garantir o pagamento de determinada dívida) que não tenha sido obstada (i.e., tornada ineficaz) no caso falimentar continuará apesar da falência. Desta forma, um credor preferencial, conforme o caso, poderá restar ainda assim intitulado para recobrar a dívida garantida (tradução nossa).¹⁷⁴

Neste sistema, os bens do devedor são liquidados para o pagamento das dívidas possíveis, ou seja, o consumidor terá suas dívidas perdoadas depois da liquidação de seus bens, para que assim possa reintegrar o mercado financeiro como um agente econômico tomador de crédito. O pagamento da dívida é feito com o patrimônio atual do devedor, sem endividamento futuro.

A vantagem da adoção desse sistema é possibilitar ao consumidor superendividado o reinício da vida financeira sem encargos do passado. Contudo, embora possibilite tal acesso ao mercado, o sistema do *fresh start policy* acaba concedendo “perdão” a devedores que poderiam pagar parte de suas dívidas no futuro.

¹⁷⁴ COURTS, United States. The Discharge in Bankruptcy. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/DischargeInBankruptcy.aspx>. Acessado em: 20 de julho de 2015.

Em síntese, o sistema de tratamento acima citado garante que o consumidor/devedor tenha uma nova oportunidade de ser reinserido no mercado de consumo sem que carregue consigo os encargos de dívidas passadas, evidentemente que tal abordagem não garante, por nenhuma via, a educação financeira desse consumidor, gerando um ciclo altamente perigoso à sociedade, mas atende à teoria de análise econômica do Direito proposta por Posner.

3.2.2 Sistema da Reeducação: leitura moral do superendividamento

O modelo europeu continental da reeducação, por outro lado, prevalece nos países de família romano-germânica e encara o superendividamento como uma falha do consumidor, ocasionada por uma gerencia equivocada do acesso ao crédito.

Segundo este modelo, o consumidor, vitimado pelo sistema, deverá receber instruções preventivas para que possa novamente ter acesso ao crédito. Nesse sentido, o endividado terá que administrar totalmente sua dívida, tentando renegociar o débito e os encargos de maneira que possibilite ao consumidor quitar todas as suas dívidas.

O sistema da reeducação propõe uma leitura moral do fenômeno do superendividamento do consumidor, nessa ordem, há uma preocupação maior com o contexto ético que o superendividamento traz à sociedade do que com a eficiência e maximização da riqueza.

A abordagem feita pelo sistema da reeducação tem foco na dignidade da pessoa que está inserida na situação de endividamento acentuado, aqui a análise econômica cede espaço às questões de justiça, cidadania, ética e dignidade humana.

Lembre-se de que temos a esperança de integrar a ética e a moral, não simplesmente incorporando a moral à ética, mas operando uma integração em que uma apoie a outra, ou seja, em que nossos pensamentos sobre o bem viver nos ajudem a ver quais são as nossas responsabilidades morais: uma integração que responda ao desafio tradicional dos filósofos acerca das razões que temos para ser bons. Comecemos por considerar as consequências morais do nosso primeiro princípio da dignidade – o que nos manda tratar o sucesso do nosso viver como questão dotada de importância objetiva.¹⁷⁵

O sistema da reeducação, desse modo, propõe uma leitura moral da situação de superendividamento, assim como a teoria de Ronald Dworkin, uma vez que, “a leitura moral

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espíinho: justiça e valor*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 389.

propõe que nós todos – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos essas normas abstratas segundo o entendimento de que elas invocam princípios morais acerca da decência política e da justiça.”¹⁷⁶

Nesse aspecto, o sistema da reeducação propõe uma leitura crítica da visão proposta pela análise econômica do direito e, nesse ponto, se afasta da preocupação econômica e coloca o indivíduo superendividado e suas características em primeiro plano.

Aqui, o indivíduo que está superendividado não é tratado como um agente econômico necessário e inserido nas etapas necessárias para a maximização econômica.

A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que o comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro *por que* a riqueza social é um objetivo digno.¹⁷⁷

O sistema em questão apresenta similitudes com a crítica à análise econômica do direito realizada por Dworkin, na medida em que se afasta da preocupação estritamente financeira da situação, voltando-se para o indivíduo.

Dworkin, crítico da análise econômica de Posner, questiona se a maximização da riqueza seria um objetivo digno e, portanto, se a busca pela eficiência e a ampliação econômica deveria se sobrepor aos indivíduos.

Assim como Dworkin, o sistema da reeducação propõe uma análise moral acerca do fenômeno, afastando-se do interesse estritamente financeiro e alocado para a eficiência econômica.

Para o sistema da reeducação, a regra é o pagamento total das dívidas com o patrimônio atual e futuro, ou seja, o consumidor será responsabilizado por sua “falha”, através do pagamento total do débito.

Na medida em que, nesse modelo de abordagem do superendividamento, o indivíduo é considerado responsável pela gerência de suas atividades econômicas e, devido a uma falha administrativa que levou ao endividamento excessivo, necessita ser reeducado e responsabilizado com o seu patrimônio atual e futuro, através de um plano de pagamento parcelado que será acordado com todos os seus credores.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 37.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 356.

A vantagem da adoção do sistema da reeducação é a potencialização da prevenção, já que tal modelo responsabiliza o consumidor pelos compromissos assumidos. A desvantagem, contudo, é o fato de não se adequar a muitos casos de superendividamento, principalmente àqueles casos de superendividamento passivo.

No Brasil é possível constatar que o modelo adotado é o da reeducação, uma vez que os projetos-pilotos implantados na área do superendividamento, bem como o anteprojeto de lei dispondo sobre a prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor de boa-fé tem enfoque bastante direcionado para a questão pedagógica e de educação financeira.

Ademais, este sistema requer dos devedores um aprendizado ativo sobre as consequências, custos e responsabilidade em fazer empréstimos em demasia, o que também estimula os credores na composição amigável dos litígios, se valorizado o esforço dos devedores no cumprimento de suas obrigações. Este aprendizado ativo encontra seu ápice na audiência de renegociação, para a qual são convidados todos os credores e o consumidor, que são esclarecidos acerca do fenômeno social do superendividamento e suas repercussões, sendo instados a encontrar uma alternativa para que o devedor consiga, dentro de suas possibilidades, honrar suas obrigações.¹⁷⁸

Conforme já exposto, embora esse sistema seja mais adequado para uma proposta de reeducação e controle dos gastos com consumo pelos indivíduos, não consegue se adequar às situações de superendividamento passivo por causas externas como, por exemplo, alta inflação e desemprego. Nestas situações, embora o consumidor tenha sua parcela de culpa reduzida, continuará sendo totalmente responsável pelo pagamento de suas dívidas não adimplidas.

Sobre isso, José Rivero H. já destacou que a educação do consumidor atua como “fator de desenvolvimento e fator de explicativo do comportamento das economias e das sociedades da região”, advindo daí a consequência inevitável da necessária capacitação do consumidor em conhecer e exercer seus direitos e deveres assegurados no ordenamento jurídico como forma de concretizar o princípio da dignidade.¹⁷⁹

¹⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. **Prevenção e tratamento do superendividamento: caderno de investigações científicas.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. p. 64.

¹⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. **Prevenção e tratamento do superendividamento: caderno de investigações científicas.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. p.63.

Portanto, embora os sistemas acima apresentados sejam relevantes para desenhar o tratamento dado às situações de superendividamento de um determinado país, não devem ser utilizados com exclusividade e sem possibilidade de diálogo entre si. Isso porque determinadas situações exigem do operador de direito uma maior adequação do caso concreto ao tratamento oferecido pela legislação.

3.3 Tutela jurídica do superendividamento do consumidor: necessidade de uma *lege ferenda* específica?

O superendividamento, enquanto fenômeno global, já possui regulamentação jurídica em países como a França, por exemplo. Na perspectiva brasileira, entretanto, é necessário que se crie uma legislação específica de prevenção e tratamento das situações de superendividamento do consumidor pessoa física?

Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor possui disciplina suficiente para tutelar tais indivíduos? Quais são as alternativas, hoje, para os consumidores que se encontram em situação de superendividamento?

Em verdade, o Projeto de Lei 283 de 2012, tem como finalidade alterar o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, visando aperfeiçoar o instituto do crédito ao consumidor e, além disso, dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor.

O PL 283/2012, embora aprovado com algumas alterações pelo Congresso Nacional, ainda necessita passar pelos trâmites legais para a sua positivação e entrada em vigor. Contudo, fatores políticos e interesses econômicos obstruem a aprovação do projeto, dificultando o tratamento jurídico de indivíduos de boa-fé que se encontram em situação de endividamento excessivo.

O Código de Consumo Francês, em sentido contrário, faz previsão expressa, em seu Livro I, “Informação dos consumidores e formação dos contratos”, do tratamento das situações de superendividamento.

De acordo com o artigo L. 330-1, do referido código, a situação de superendividamento das pessoas físicas é caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de pagar o conjunto das suas dívidas não profissionais exigíveis e vincendas. A impossibilidade manifesta para uma pessoa física de boa-fé de pagar obrigação decorrente de fiança ou de solidariedade na dívida assumida com empresa individual ou com

uma sociedade caracteriza igualmente situação de superendividamento. A condição de proprietário da sua residência principal não impede que a situação de superendividamento seja caracterizada, ainda que o valor de tal propriedade seja igual ou superior ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis ou vincendas.¹⁸⁰

O art. L 330-1, ainda prevê que, assim que os recursos ou os ativos disponíveis do devedor permitir, as medidas de tratamento do superendividamento possam ser requeridas perante uma comissão específica.¹⁸¹

Em caso de possibilidade de adimplência por parte do devedor, as medidas de tratamento das situações de superendividamento desse particular, que possui recursos para a liquidação de suas dívidas, serão requeridas de acordo com as condições previstas nos artigos L 331-6, L 331-7 e L 331-7-2, do Código de Consumo Francês.

Entretanto, se o devedor se encontrar em uma situação irremediavelmente comprometida caracterizada pela impossibilidade manifesta de colocar em prática medidas de tratamento previstas nos artigos citados acima, a comissão de superendividamento poderá: recomendar o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial se constatar que o devedor possui apenas bens móveis necessários à sobrevivência e bens não profissionais indispensáveis ao exercício da sua atividade profissional, ou que o ativo seja constituído apenas de bens desprovidos de valor de mercado ou cujas despesas de venda seriam manifestamente desproporcionais em relação ao valor venal.¹⁸²

¹⁸⁰ Tradução livre. No original: art. L 330-1. La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸¹ Tradução livre. No original: art. L 330-1. [...]. Lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, des mesures de traitement peuvent être prescrites devant la commission de surendettement des particuliers dans les conditions prévues aux articles L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸² Tradução livre. No original: art. L 330-1. [...]. Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées à l'alinéa précédent, la commission de surendettement peut, dans les conditions du présent titre : 1° Soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale. [...]. **Code de la**

Nesse contexto, a legislação francesa presa pela reconstituição do consumidor pessoa física sem prejuízo dos bens essenciais para a manutenção da vida desse indivíduo, com claro viés protetivo da dignidade da pessoa que se encontra em situação de endividamento excessivo.

Em síntese, na hipótese de o devedor não possuir bens que sejam passíveis de utilização ou com baixo valor agregado para uma liquidação judicial, será reconstituído sem a necessidade de uma execução.

Contudo, se se constatar que o devedor possui bens que extrapolam as condições acima, ou seja, que possui capacidade financeira para solver as suas dívidas, a comissão poderá demandar, com a concordância do devedor, a abertura do procedimento de restabelecimento pessoal com liquidação judicial, perante o juiz da execução. O juiz da execução conhecerá do procedimento de tratamento das situações de superendividamento perante a comissão de superendividamento dos particulares e do procedimento de restabelecimento pessoal.¹⁸³

O procedimento de restabelecimento das situações de superendividamento dos particulares será realizado perante uma comissão específica que deverá ser criada em cada departamento.

De acordo com o artigo L 331-1, em cada departamento será criada, ao menos, uma comissão de superendividamento dos particulares. A comissão compreenderá o representante do Estado no referido departamento, cuja função será a de presidente, o diretor do departamento de finanças públicas, com a vice-presidência. A lei ainda permite que cada uma dessas pessoas possam ser representadas por um delegado segundo modalidades fixadas por decreto.¹⁸⁴

consommation. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸³ Tradução livre. No original: art. L 330-1. [...]. 2° Soit saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle constate que le débiteur n'est pas dans la situation mentionnée au 1°. A l'occasion des recours exercés devant lui en application des articles L. 331-4, L. 331-7 et L. 332-2, le juge du tribunal d'instance peut, avec l'accord du débiteur, décider l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Lorsqu'il statue en application des articles L. 331-7 et L. 332-2, il peut en outre prononcer un redressement personnel sans liquidation judiciaire. Le juge du tribunal d'instance connaît de la procédure de traitement des situations de surendettement devant la commission de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸⁴ Tradução livre. No original: art. L 331-1. Il est institué, dans chaque département, au moins une commission de surendettement des particuliers. Elle comprend le représentant de l'Etat dans le département, président, et le directeur départemental des finances publiques, vice-président. Chacune

Além das funções de presidente e vice-presidente, a comissão será formada, também, pelo representante local do Banco da França, cuja função desempenhada será a de secretário; por duas pessoas designadas pelo representante do Estado no departamento (presidente da comissão), a primeira pessoa sob proposição da associação francesa dos estabelecimentos de crédito e das empresas de investimentos e a segunda, sob proposição das associações familiares ou de consumidores.¹⁸⁵

O presidente da comissão ainda indicará duas pessoas para comporem a comissão: uma decorrente da experiência no domínio da economia social e familiar e outra que possua experiência no domínio jurídico. Os membros da comissão adotarão procedimento interno, devidamente publicizado.¹⁸⁶

Percebe-se, pela própria estruturação da comissão de tratamento do superendividamento das pessoas físicas, uma preocupação em abranger pessoas de diferentes categorias representativas, representantes do Estado, representantes de instituições financeiras, especialistas nas áreas econômicas em questão e, por fim, representantes de associações familiares e de consumidores.

Nesse contexto, a comissão visa dar representatividade e proteção aos indivíduos que estão em situação de endividamento excessivo, através de uma equipe com conhecimento técnico e experiência na proteção dos consumidores, além de garantir a participação de entidades de representação e proteção, como as associações familiares e dos consumidores.

de ces personnes peut se faire représenter par un délégué selon des modalités fixées par décret. Les modalités de remplacement de ce dernier en cas d'empêchement sont fixées par décret. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸⁵ Tradução livre. No original: art. L 331-1. [...]. La commission comprend également: 1° Le représentant local de la Banque de France, qui en assure le secrétariat; 2° Deux personnes, désignées par le représentant de l'Etat dans le département, la première sur proposition de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, la seconde sur proposition des associations familiales ou de consommateurs; 3° Deux personnes, désignées par le représentant de l'Etat dans le département, justifiant pour l'une d'une expérience dans le domaine de l'économie sociale et familiale, pour l'autre d'un diplôme et d'une expérience dans le domaine juridique. Les membres de la commission mentionnés aux 1°, 2° et 3° peuvent se faire représenter par un suppléant selon des modalités fixées par décret. La commission adopte un règlement intérieur rendu public. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

¹⁸⁶ Tradução livre. No original: art. L 331-1. [...]. 3° Deux personnes, désignées par le représentant de l'Etat dans le département, justifiant pour l'une d'une expérience dans le domaine de l'économie sociale et familiale, pour l'autre d'un diplôme et d'une expérience dans le domaine juridique. Les membres de la commission mentionnés aux 1°, 2° et 3° peuvent se faire représenter par un suppléant selon des modalités fixées par décret. La commission adopte un règlement intérieur rendu public. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

A finalidade da comissão, em síntese, é a de tratar, nas condições estipuladas pela lei francesa, as situações de superendividamento das pessoas físicas definidas no artigo L 330-1. O montante dos reembolsos resultantes da aplicação dos artigos L 331-6, L 331-7 ou L 331-7-1 é fixado, nas condições estabelecidas por decreto, levando em conta a quota penhorável do salário tal qual previstas nos artigos L 3252-2 e L 3252-3 do Código de Trabalho, de modo que lhe seja reservado, prioritariamente, os recursos necessários para as despesas domésticas.¹⁸⁷

Tal parcela dos recursos reservados aos gastos domésticos necessários para a manutenção da vida leva em consideração as despesas com moradia, eletricidade, gás, calefação, água, alimentos e educação, de guarda e de transporte profissional, além das despesas com saúde. Cabe à comissão a análise e a apreciação destas despesas, que deverá ser realizada por regramento interno, através da via regulamentar.¹⁸⁸

Em síntese, a parte dos recursos necessários às despesas correntes, necessárias à sobrevivência e manutenção do lar, serão fixadas pela comissão e definidas no plano convencional de recuperação do artigo L 331-6, conforme as medidas previstas no artigo L 331-7 ou as recomendações prevista no artigo L 331-7-1.¹⁸⁹

Nesse contexto, a legislação consumerista francesa protege parte dos recursos do indivíduo superendividado que sejam necessários à manutenção dos gastos básicos cotidianos, visando assegurar que o mínimo necessário para as despesas do lar não seja prejudicado pela execução e liquidação judicial para pagamento das dívidas com os devidos credores.

¹⁸⁷ Tradução livre. No original: art. L 331-2. La commission a pour mission de traiter, dans les conditions prévues par le présent chapitre, la situation de surendettement des personnes physiques définies au premier alinéa de l'article L. 330-1. Le montant des remboursements résultant de l'application des articles L. 331-6, L. 331-7 ou L. 331-7-1 est fixé, dans des conditions précisées par décret, par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail, de manière à ce qu'une partie des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage lui soit réservée par priorité. Cette part de ressources ne peut être inférieure, pour le ménage en cause, au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles.[...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁸⁸ Tradução livre. No original: art. L 331-2. [...]. Elle intègre le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé. Les conditions de prise en compte et d'appréciation de ces dépenses par le règlement intérieur de chaque commission sont précisées par voie réglementaire.[...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁸⁹ Tradução livre. No original: art. L 331-2. [...] La part des ressources nécessaire aux dépenses courantes est fixée par la commission et mentionnée dans le plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 331-6, dans les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou les recommandations prévues à l'article L. 331-7-1. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

Visando a proteção da residência principal, o valor negociável pode, com o acordo do devedor e dentro dos limites razoáveis, exceder o montante calculado com referência à proporção penhorável do salário, de acordo com os artigos L 3252-2 e L 3252-3 do Código de Trabalho.¹⁹⁰

Em resumo, os valores para pagamentos dos credores poderá ser superior à proporção autorizada pela lei trabalhista para penhora do salário, desde que sua finalidade seja impedir a venda da residência principal, respeitados o livre consentimento do devedor e o princípio da razoabilidade.

Quando caracterizado o superendividamento do consumidor, o devedor deverá requerer o procedimento perante a comissão, declarando o seu patrimônio ativo e passivo. Diante do requerimento, a comissão terá um prazo de três meses, contados do ajuizamento do pedido, para analisar a admissibilidade ou não da demanda proposta pelo consumidor, verificando se o mesmo se encontra na situação definida na alínea 1º do artigo L 330-1. A comissão deverá notificar ao devedor a decisão de inadmissibilidade da ação ou, sendo a demanda admitida, notificar além do devedor, os credores, os estabelecimentos de pagamento e os estabelecimentos de crédito, dando-lhes ciência do processo, para que possa proceder a instrução e decidir sobre a orientação do tratamento oferecido ao consumidor superendividado.¹⁹¹

¹⁹⁰ Tradução livre. No original: art. L 331-2. [...]. Le montant des remboursements peut, avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables, excéder la somme calculée par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail, en vue d'éviter la cession de la résidence principale. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹¹ Tradução livre. No original: art. L 331-3.I.-La procédure est engagée devant la commission à la demande du débiteur, qui lui déclare les éléments actifs et passifs de son patrimoine. La commission dispose d'un délai de trois mois à compter du dépôt du dossier pour examiner la recevabilité de la demande en vérifiant que le demandeur se trouve dans la situation définie au premier alinéa de l'article L. 330-1, notifier au demandeur la décision d'irrecevabilité du dossier ou notifier au demandeur, aux créanciers, aux établissements de paiement, aux établissements de monnaie électronique et aux établissements de crédit teneurs de comptes du déposant la décision de recevabilité du dossier, procéder à son instruction et décider de son orientation. Si, au terme de ce délai, la commission n'a pas décidé de l'orientation du dossier, le taux d'intérêt applicable à tous les emprunts en cours contractés par le débiteur est, au cours des trois mois suivants, le taux de l'intérêt légal, sauf décision contraire de la commission ou du juge intervenant au cours de cette période. En cas de rejet d'un avis de prélèvement postérieur à la notification de la décision de recevabilité, l'établissement de crédit, l'établissement de monnaie électronique ou l'établissement de paiement qui tient le compte du déposant et les créanciers ne peuvent percevoir des frais ou commissions y afférents. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

A comissão deverá definir o estado de endividamento do devedor, desde que preenchidos os pressupostos, e publicar uma intimação aos credores. O consumidor, informado através da notificação da decisão de admissibilidade de sua demanda, será ouvido pela comissão a seu pedido. A comissão também poderá ouvir todas as pessoas cujos testemunhos sejam úteis ao processo, desde que estas intervenham a título gratuito.¹⁹²

Após terem sido informados pela comissão sobre o estado do passivo declarado pelo devedor, os credores dispõem de um prazo de 30 dias para fornecer, em caso de inconformidade com este estado, as justificativas dos seus principais créditos, juros e acessórios. Na falta de manifestação dos credores, o crédito considerado pela comissão será mensurado a partir de elementos fornecidos pelo devedor.¹⁹³

Assim que a comissão constatar que o reembolso de uma ou mais dívidas do devedor principal é garantida por fiança, deverá informar ao fiador a abertura do procedimento. O fiador, tendo ciência do procedimento, poderá endereçar suas observações por escrito à comissão.¹⁹⁴

Em qualquer fase do procedimento, se a situação do devedor o exigir, a comissão o convidará a solicitar uma medida de auxílio ou de ação social que pode compreender um programa de educação financeira, e notadamente uma medida de acompanhamento social personalizado, nas condições previstas pelo Livro II do Código de Ação Social e das famílias.¹⁹⁵

¹⁹² Tradução livre. No original: art. L 331-3. [...]. II.-La commission dresse l'état d'endettement du débiteur après avoir, le cas échéant, fait publier un appel aux créanciers. Le débiteur, informé de cette faculté par la notification de la décision de recevabilité, est entendu à sa demande par la commission. Celle-ci peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve que celle-ci intervienne à titre gratuit. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹³ Tradução livre. No original: art. L 331-3. [...]. Après avoir été informés par la commission de l'état du passif déclaré par le débiteur, les créanciers disposent d'un délai de trente jours pour fournir, en cas de désaccord sur cet état, les justifications de leurs créances en principal, intérêts et accessoires. A défaut, la créance est prise en compte par la commission au vu des seuls éléments fournis par le débiteur. L'information des créanciers peut être effectuée par télécopie ou par courrier électronique dans des conditions fixées par décret. Les créanciers indiquent également si les créances en cause ont donné lieu à une caution et si celle-ci a été actionnée. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹⁴ Tradução livre. No original: art. L 331-3. [...]. Lorsque la commission constate que le remboursement d'une ou plusieurs dettes du débiteur principal est garanti par un cautionnement, elle informe la caution de l'ouverture de la procédure. La caution peut faire connaître par écrit à la commission ses observations. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹⁵ Tradução livre. No original: art. L 331-3. [...]. A tout moment de la procédure, si la situation du débiteur l'exige, la commission l'invite à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, et notamment une mesure d'accompagnement social personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du code de l'action sociale et des

Com nítido caráter reeducativo, a legislação francesa assegura que o devedor tenha garantias legais de auxílio financeiro, visando a (re)educação desse indivíduo para que futuras situações de superendividamento sejam mitigadas.

A lei francesa adota, nesse sentido, o sistema de abordagem reeducativa para tratamento das situações de superendividamento, o que significa dizer que o indivíduo superendividado é considerado culpado pelo seu endividamento excessivo. Em síntese, a falha na gerência de seus rendimentos o levou àquela situação de inadimplemento.

Por entender que o superendividamento é uma falha do consumidor, a lei consumerista francesa garante o acesso desse indivíduo às medidas sociais de auxílio, inclusive oferecendo cursos de educação financeira, o que fortalece a importância do viés preventivo nas situações de superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

O artigo L 331-3, III, assegura ainda que se a instrução da demanda demostrar que o devedor está na situação irremediavelmente comprometida, definida no artigo L 330-1, e dispõe de bens diversos dos mencionados na alínea 1^a do mesmo artigo, a comissão, após convocar o devedor e obter o seu consentimento, demandará ao juiz da execução para fins de abertura do procedimento de restabelecimento pessoa com liquidação judicial. A ausência de resposta do devedor às convocações significa discordância com este procedimento. Nos casos de recusa do devedor, a comissão retomará sua missão nos termos dos artigos L 331-6, L 331-7, L 331-7-1 e L 331-7-2.¹⁹⁶

Isto porque, de acordo com o artigo L 330-1, se o devedor se encontrar em uma situação irremediavelmente comprometida caracterizada pela impossibilidade manifesta de colocar em prática medidas de tratamento previstas, a comissão de superendividamento poderá recomendar o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial, na medida em que o devedor possui apenas bens móveis necessários à sobrevivência e bens não profissionais

familles. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹⁶ Tradução livre. No original: art. L 331-3. [...]. III.-Si l'instruction de la demande fait apparaître que le débiteur est dans la situation irrémédiablement compromise définie au troisième alinéa de l'article L. 330-1 et dispose de biens autres que ceux mentionnés au 1^o du même article, la commission, après avoir convoqué le débiteur et obtenu son accord, saisit le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. L'absence de réponse du débiteur aux convocations vaut refus de cette saisine. En cas de refus du débiteur, la commission reprend sa mission dans les termes des articles L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

indispensáveis ao exercício da sua atividade profissional, ou que o ativo seja constituído apenas de bens desprovidos de valor de mercado ou cujas despesas de venda seriam manifestamente desproporcionais em relação ao valor venal.

Em síntese, configurando-se o superendividamento, a comissão deverá analisar quais bens do consumidor poderão ser liquidados para o pagamento dos credores, desde que respeitados os bens necessários à manutenção do cotidiano do indivíduo, bem como aqueles bens de baixo valor agregado.

As decisões tomadas pela comissão em matéria de admissibilidade da demanda e também com relação à orientação que o procedimento seguirá são suscetíveis de recurso perante o juiz que realizará a execução, é o que dispõe o artigo L 331-3, IV, do Código de Consumo Francês.¹⁹⁷

A decisão que declara a admissibilidade da demanda importa em suspensão e vedação de procedimentos de execução promovidos contra os bens do devedor, assim como as cessões de remuneração consentidas por este em outras dívidas que não sejam pensão alimentícia.¹⁹⁸

Importante salientar que tal suspensão e vedação importam em interdição do devedor de realizar qualquer ato que agravaria a sua insolvabilidade, de pagar, no todo ou em parte, um crédito qualquer que não seja alimentar, compreendido os mencionados nas alíneas 10^a e 11^a do artigo L 311-1, originados anteriormente à suspensão ou à vedação, de liberar as fianças que quitariam os créditos originados anteriormente à suspensão ou vedação, de adotar ato de disposição estranho à gestão normal do patrimônio; elas importam também vedação de dar garantia ou assegurar. O consumidor pode, contudo, solicitar ao juiz da execução a obtenção de autorização para adotar umas das posturas mencionadas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Tradução livre. No orginal: art. L 331-3. [...]. IV.-Les décisions rendues par la commission en matière de recevabilité du dossier sont susceptibles de recours devant le juge du tribunal d'instance. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹⁸ Tradução livre. No orginal: art. L 331-3-1. La décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

¹⁹⁹ Tradução livre. No orginal: art. L 331-3-1. [...]. Cette suspension et cette interdiction emportent interdiction pour le débiteur de faire tout acte qui agraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire, y compris les découverts mentionnés aux 10^o et 11^o de l'article L. 311-1, née antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine ; elles emportent aussi interdiction de prendre toute garantie ou sûreté. Le débiteur peut toutefois saisir le juge du tribunal d'instance afin qu'il l'autorise à accomplir l'un des actes mentionnés à l'alinéa précédent. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

Nesse contexto, assim que a demanda é admitida perante a comissão e os procedimentos executórios contra o devedor são suspensos ou vedados, o consumidor fica impedido de realizar qualquer tipo de conduta econômica que leve ao agravamento de seu endividamento, bem como de realizar o pagamento das dívidas. Essa orientação de nítido caráter preventivo visa assegurar que o consumidor permaneça com as condições de adimplência para que a liquidação judicial de seus bens seja realizada a fim de sanar a situação de superendividamento excessivo.

Realizada a admissibilidade, a comissão informará ao devedor sobre o estado do passivo identificado. O devedor, devidamente notificado, poderá contestar os créditos levantados, no prazo de 20 dias, para fins de verificação da validade de tais créditos, dos respectivos títulos e do montante das somas cobradas. Se contestar o montante apresentado, o devedor deverá apresentar os créditos questionados e os motivos que justificam seu recurso. Ultrapassado o prazo legal concedido para a contestação, o consumidor não poderá mais formular essa demanda. Apresentada a contestação, a comissão deverá analisar seu conteúdo.²⁰⁰

Depois de apreciar a contestação, se houver, sobre o estado do passivo levantado, a comissão terá como missão conciliar as partes com vistas à elaboração de um plano convencional de recuperação devidamente aprovado pelo devedor e seus principais credores. O plano poderá comportar medidas de transferência ou reescalonamento dos pagamentos das dívidas, de remissão das dívidas, de redução ou suspensão de taxa de juros, de consolidação, de criação ou de substituição de garantia.²⁰¹

²⁰⁰ Tradução livre. No original: art. L 331-4. La commission informe le débiteur de l'état du passif qu'elle a dressé. Le débiteur qui conteste cet état dispose d'un délai de vingt jours pour demander à la commission la saisine du juge du tribunal d'instance, aux fins de vérification de la validité des créances, des titres qui les constatent et du montant des sommes réclamées, en indiquant les créances contestées et les motifs qui justifient sa demande. La commission est tenue de faire droit à cette demande. Passé le délai de vingt jours, le débiteur ne peut plus formuler une telle demande. La commission informe le débiteur de ce délai.

Même en l'absence de demande du débiteur, la commission peut, en cas de difficultés, saisir le juge du tribunal d'instance aux mêmes fins. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 09 de janeiro de 2016.

²⁰¹ Tradução livre. No original: art. L 331-6. I.-La commission a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers. Le plan peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

A proteção do consumidor superendividado, nesse sentido, tem um plano de proteção legal que garante ampla possibilidade à comissão de superendividamento, inclusive com a possibilidade de remissão das dívidas e de supressão da taxa de juros, quando as situações do consumidor exigirem tais medidas, desde que fundamentadas pela comissão e de acordo com as condições reais desses indivíduos.

O artigo L 331-6, em um viés preventivo, ainda garante que a comissão possa elaborar um plano que subordine o consumidor à adoção de medidas e atos que facilitem ou garantam o pagamento da dívida acordado entre os credores no plano de restabelecimento pessoal, até mesmo impondo abstenção de atos pelo devedor que poderiam agravar sua insolvabilidade.²⁰²

Em evidência, a legislação possui meios eficazes de se potencializar medidas que diminuam as possibilidades de um novo superendividamento, com característica nitidamente preventiva, indispensável às situações de endividamento dos consumidores pessoas físicas.

O restabelecimento financeiro dos indivíduos superendividados exige, portanto, comportamentos em dois sentidos: o preventivo e o de tratamento, propriamente dito. Significa dizer que a simples realização de um plano de pagamento das dívidas, sem políticas preventivas como a reeducação desse consumidor, são insuficientes para que novas situações de endividamento sejam mitigadas.

A depender da situação de superendividamento levantadas pela comissão, o plano de execução das dívidas poderá ser realizado em até oito anos, prazo que só poderá ser excedido na hipótese de empréstimos contratados para aquisição de bem imóvel que constitua a residência principal, com a finalidade de evitar a cessão de referido bem pelo devedor.²⁰³

Entretanto, nas situações em que o devedor se encontrar em uma situação irremediavelmente comprometida caracterizada pela impossibilidade manifesta de colocar em prática medidas de tratamento, ou seja, impossibilitado de realizar um plano de pagamento com os seus credores. A comissão, diante do iminente fracasso de uma conciliação com os

²⁰² Tradução livre. No original: art. L 331-6. [...]. Le plan peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il peut également les subordonner à l'abstention par le débiteur d'actes qui agraveraient son insolvabilité. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰³ Tradução livre. No original: art. L 331-6. [...]. Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder huit années. Les mesures du plan peuvent excéder ces délais lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale et dont le plan permet d'éviter la cession par le débiteur. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

credores, poderá, após ouvir cada uma das partes e suas observações, impor diretamente a aplicação dos artigos L 331-7, 4º, ou recomendar medidas previstas nos artigos L 331-7-1 e L 331-7-2.²⁰⁴

Nas situações descritas acima, em que não existe a possibilidade de adimplência pelo devedor superendividado, a comissão poderá, com suporte na lei, suspender a exigibilidade dos créditos, com exceção dos de natureza alimentar, pelo prazo máximo de 02 anos (art. L 331-7, 4º); recomendar medidas, conceder o perdão parcial dos créditos (art. L 331-7-1) e recomendar que o devedor esteja subordinado a atos próprios que facilitem ou garantam o pagamento da dívida (art. L 331-7-2).

O art. L 331-7, no mesmo sentido, garante que, no caso de conciliação inexitosa, a comissão possa, a partir de requerimento do devedor e após oportunizar a oitiva das partes e suas observações, impor total ou parcialmente as seguintes medidas:

Reescalonar o pagamento das dívidas de toda naturezas, diferindo o pagamento de uma parte entre elas, se for necessário. A comissão ainda poderá compensar os pagamentos, primeiro sobre o capital.²⁰⁵

Se for necessário à situação, a comissão poderá prescrever juros a uma taxa reduzida para os vencimentos referentes aos reescalonamentos, referida taxa poderá ser inferior à taxa legal, desde que a comissão apresente decisão especial e devidamente motivada e para atender às particularidades da situação do devedor superendividado. A lei garante, ainda, que qualquer que for a duração do plano de recuperação do consumidor, a taxa negociada não seja superior à taxa legal.²⁰⁶

²⁰⁴ Tradução livre. No original: art. L 331-6. [...]. II.-Toutefois, lorsque la situation du débiteur, sans qu'elle soit irrémédiablement compromise au sens du troisième alinéa de l'article L. 330-1, ne permet pas de prévoir le remboursement de la totalité de ses dettes et que la mission de conciliation de la commission paraît de ce fait manifestement vouée à l'échec, la commission peut, après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations et sous réserve de l'application de l'article L. 333-1-1, imposer directement la mesure prévue au 4º de l'article L. 331-7 ou recommander les mesures prévues aux articles L. 331-7-1 et L. 331-7-2. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰⁵ Tradução livre. No original: art. 331-7. En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes : 1º Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder huit ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance; 2º Imputer les paiements, d'abord sur le capital. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰⁶ Tradução livre. No original: art. 331-7. [...]. 3º Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux

A comissão poderá, ainda, suspender a exigibilidade dos créditos, com exceção dos de natureza alimentar, pelo prazo máximo de dois anos. Regra geral, a suspensão do crédito acarretará a suspensão do pagamento dos juros devidos, salvo decisão contrária da comissão.²⁰⁷

Embora seja uma medida mais severa com relação aos credores, tal suspensão garante que em situações de impossibilidade real de pagamento, o superendividamento não seja ainda mais agravado pelos juros decorrentes do inadimplemento, garantindo um prazo para que o consumidor reestabeleça seu orçamento para o adimplemento dos títulos.

Ao final de cada período de suspensão, a comissão deverá analisar a situação do consumidor, podendo impor as medidas previstas nos artigos L 331-7-1 e L 331-7-2, no todo ou em parte. A comissão também poderá recomendar o restabelecimento pessoal com ou sem liquidação judicial, a depender da nova configuração financeira do indivíduo.²⁰⁸

A aplicação do artigo L 331-7 pela comissão deverá levar em consideração o conhecimento que cada credor poderia ter, no momento de celebração dos contratos, sobre a situação de endividamento dos consumidores, analisando, inclusive, se o contrato foi realizado de acordo com as expectativas do consumidor e com a seriedade e o respeito à lei e às práticas profissionais.²⁰⁹

Nesse sentido, a legislação leva em consideração a própria eticidade da prática profissional do fornecedor de crédito no momento de celebração do contrato para determinar quais medidas irá adotar no tratamento daquele indivíduo superendividado. O fornecedor,

de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige. Quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux legal. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰⁷ Tradução livre. No original: art. 331-7. [...]. 4º Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre. Durant cette période, seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰⁸ Tradução livre. No original: art. 331-7. [...]. Si, à l'expiration de la période de suspension, le débiteur saisit de nouveau la commission, celle-ci réexamine sa situation. En fonction de celle-ci, la commission peut imposer ou recommander tout ou partie des mesures prévues au présent article et par les articles L. 331-7-1 et L. 331-7-2, à l'exception d'une nouvelle suspension. Elle peut, le cas échéant, recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²⁰⁹ Tradução livre. No original: art. 331-7. [...]. Pour l'application du présent article, la commission prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

portanto, se responsabiliza por quaisquer atos que tenha realizado e que sejam divergente das normas protetivas dos consumidores.

Tal disposição revela-se importante, na medida em que meios como a suspensão dos créditos e dos juros pelo prazo de dois anos, por exemplo, implicam em um maior prejuízo ao fornecedor, e deverá ser aplicada levando-se em consideração as informações que o fornecedor detinha no momento de realização do contrato e, concomitantemente, a situação financeira do consumidor, no momento de organização do plano de reestabelecimento pessoal do superendividado.

Se, durante a execução do plano convencional das medidas impostas ou recomendadas pela comissão, for identificada que a situação do devedor tornou-se irremediavelmente comprometida, nas condições do artigo L 330-1, alínea 3º, o devedor poderá demandar à comissão no sentido de obter o benefício do procedimento pessoal com ou sem liquidação judicial.²¹⁰

Se se constatar a boa-fé do consumidor, a comissão poderá recomendar o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial, desde que respeitadas as condições do artigo L. 332-5 ou demandar ao juiz da execução para fins de abertura do procedimento de restabelecimento pessoal com liquidação judicial.²¹¹

Assim que a comissão determinar o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial e na ausência de contestação, o juiz da execução irá conferir força executória à recomendação, após ter verificado sua regularidade e seus fundamentos. O restabelecimento pessoal sem liquidação permitido pelo juiz da execução acarreta o perdão de todas as dívidas não profissionais do devedor, com exceção das dívidas constantes no artigo L 333-1, das previstas no artigo L 333-1-2 e das dívidas pagas por fiador ou coobrigado, pessoa física. O restabelecimento pessoal implica, ainda, o perdão da dívida resultante do comprometimento

²¹⁰ Tradução livre. No original: art. L 331-7-3. Si, en cours d'exécution d'un plan conventionnel, de mesures imposées ou recommandées par la commission, il apparaît que la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 330-1, le débiteur peut saisir la commission afin de bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²¹¹ Tradução livre. No original: art. L 331-7-3. [...]. Après avoir constaté la bonne foi du débiteur, la commission recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire dans les conditions prévues à l'article L. 332-5 ou saisit le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

que o devedor assumiu como fiador ou como devedor solidário de uma empresa individual ou de uma sociedade.²¹²

Percebe-se, pela leitura do texto consumerista francês, que a ocorrência da boa-fé vincula a atividade da comissão com relação ao tratamento oferecido ao consumidor superendividado, permitindo, inclusive, que nas situações de superendividamento do consumidor de boa-fé, seja realizado o restabelecimento sem a liquidação judicial, na hipótese em que o superendividado não tenha poder econômico para solver suas dívidas.

A recomendação de restabelecimento sem liquidação judicial importa em suspensão e vedação dos procedimentos de execução que foram promovidos em desfavor do devedor, assim também com as cessões de remuneração consentidas pelo consumidor, excetuando-se as dívidas alimentares.²¹³

A lei ainda assegura que, durante o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial, a comissão possa requerer ao juiz que medidas de expulsão da moradia principal do devedor sejam suspensas, com prazo máximo de dois anos. Tal suspensão e vedação deverá persistir até a homologação pelo juiz da recomendação em aplicação do artigo L 332-5 ou até o julgamento de abertura do procedimento de restabelecimento pessoal com liquidação judicial, se a situação do consumidor houver sido alterada e permitir a possibilidade de uma execução para pagamento de suas dívidas.²¹⁴

²¹² Tradução livre. No original: art. L 332-5. Lorsque la commission recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire et en l'absence de contestation, le juge du tribunal d'instance confère force exécutoire à la recommandation, après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé. Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal d'instance entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de l'ordonnance conférant force exécutoire à la recommandation, à l'exception des dettes visées à l'article L. 333-1, de celles mentionnées à l'article L. 333-1-2 et des dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²¹³ Tradução livre. No original: art. L 331-7-3. [...]. Cette recommandation ou cette saisine emportent suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²¹⁴ Tradução livre. No original: art. L 331-7-3. [...]. La commission peut également demander au juge de suspendre les mesures d'expulsion du logement du débiteur. La suspension et l'interdiction sont acquises jusqu'à l'homologation par le juge de la recommandation en application de l'article L. 332-5 ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Cette suspension et cette interdiction ne peuvent excéder deux ans. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

De todo o exposto, a legislação garante que, na hipótese de restabelecimento pessoal sem liquidação judicial, o consumidor possua garantias de manutenção do mínimo necessário para o prosseguimento de sua vida e de seus familiares, tais como a manutenção de sua residência principal, bem como a vedação de execuções que porventura existam contra o indivíduo superendividado.

Por fim, a lei francesa para tratamento das situações de superendividamento ainda garante que os membros da comissão, bem como todos os envolvidos nos processos de restabelecimento pessoal desse indivíduo, não possam divulgar as informações que tenham acessado durante o procedimento a terceiros, sob pena de sanções específicas.²¹⁵

Referido artigo tem como finalidade a proteção da personalidade e da privacidade desse indivíduo superendividado, na medida em que as situações de superendividamento das pessoas físicas já ocasionam problemas reflexos nos indivíduos, tais como depressão, problemas familiares, além da estigmatização social desses sujeitos.

O artigo L 311-11 garante, ainda, que as informações relativas ao ajuizamento do processo de restabelecimento da situação de superendividamento não possam ser comunicadas aos credores, aos estabelecimentos de pagamento e aos estabelecimentos de crédito que tenham conhecimento sobre o ajuizamento pelo devedor, anteriormente à decisão que aceita o processo, também sob pena de sanções específicas.²¹⁶

Tal medida visa proteger as informações prestadas pelo consumidor superendividado, até que o processo seja admitido e, portanto, iniciados os mecanismos para a realização de execuções das dívidas e do plano de acordo com os devidos credores.

²¹⁵ Tradução livre. No original: art. L 331-11. Les membres de la commission, ainsi que toute personne qui participe à ses travaux ou est appelée au traitement de la situation de surendettement, sont tenus de ne pas divulguer à des tiers les informations dont ils ont eu connaissance dans le cadre de la procédure instituée par le présent chapitre, à peine des sanctions prévues à l'article 226-13 du code pénal. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

²¹⁶ Tradução livre. No original: art. L 331-11. [...]. Les renseignements relatifs au dépôt d'un dossier de surendettement et à la situation du débiteur ne peuvent être communiqués aux créanciers, aux établissements de paiement, aux établissements de monnaie électronique et aux établissements de crédit qui tiennent les comptes de dépôt du débiteur, antérieurement à la décision de recevabilité du dossier, sous peine des sanctions prévues à l'article 226-13 du même code. Ces dispositions ne font toutefois pas obstacle à l'application des règles prévues à l'article L. 333-4 du présent code, dans les limites fixées à cet article. [...]. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 11 de janeiro de 2016.

A legislação consumerista francesa, portanto, possui disciplina específica para o tema do superendividamento dos consumidores pessoas físicas, demonstrando a necessidade de legislação própria e dirigida ao tema.

O rol elevado de artigos sobre o tratamento da situação aponta para a complexidade do instituto do superendividamento e indica a necessidade de se assegurar medidas específicas e adequadas ao tema. O embasamento legal, para além de apontar o caminho com o qual o poder judiciário deverá conduzir os consumidores superendividados, garante segurança aos indivíduos que se encontram diante dessa situação.

O Brasil, país onde grande parte da população possui acesso facilitado ao crédito, inclusive classes de menor poder aquisitivo, já possui uma quantidade significativa de consumidores que se encontram em situação de superendividamento.

Apesar dos elevados índices de superendividamento, o país ainda não possui legislação específica positivada sobre o tema. O Projeto de Lei 283 de 2012 caminha burocraticamente para uma aprovação legislativa antes de sua entrada em vigor, contudo, fatores e interesses políticos e de ordem econômica, principalmente das instituições financeiras, obstacularizam a aprovação do projeto de lei, dificultando a positivação da prevenção e do tratamento dos superendividamento das pessoas físicas de boa-fé.

Diante desse cenário, quais os mecanismos legais existentes para tutelar os indivíduos que se encontram em situação de superendividamento?

As situações de superendividamento dos consumidores decorrem, em grande parte, dos contratos de crédito de longa duração, na medida em que o elevado prazo para o pagamento das parcelas contratuais, aliados às altas taxas de juros e a fatores econômicos como o desemprego e crises financeiras, potencializam os consumidores expostos ao endividamento excessivo.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, V, assegura como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”²¹⁷

O superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, em sua maioria, decorre de fatos supervenientes como, por exemplo, desemprego, perda de cargos comissionados, inflação, crise econômica, desaceleração da economia e, quando ocasionado,

²¹⁷ Código de Defesa do Consumidor. Brasil, 1990.

leva a diminuição abrupta da renda do indivíduo, tornando os contratos de crédito excessivamente onerosos aos consumidores.

A aplicação do artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor para tutelar e garantir suporte legal aos processos que envolvam revisões contratuais em virtude de superendividamento é absolutamente cabível à situação.

O princípio da boa-fé, da confiança e da informação em conjunto podem nos levar a ideia de manutenção do equilíbrio contratual. O próprio Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, V, traz que o consumidor tem direito à modificação de cláusulas contratuais quando gerarem elas desequilíbrio na relação de consumo, ou seja, prevê a manutenção contratual e do equilíbrio contratual e das relações de consumo. Miragem qualifica uma tríplice perspectiva do direito ao equilíbrio contratual: (a) equilíbrio econômico; (b) a equiparação ou equidade informacional das partes; (c) o equilíbrio de poder na direção das relações de consumo.²¹⁸

As situações de superendividamento, nesse contexto, levam a um desequilíbrio contratual significativo entre os contratantes, ocasionando grande prejuízo do equilíbrio econômico, além de diminuição do poder de consumo por parte dos indivíduos que se encontram nessa situação.

Além disso, os altos índices de juros praticados no mercado financeiro nacional também são fatores potencializadores das situações de superendividamento dos consumidores, seja na perspectiva de sua cobrança elevada ou em decorrência da incidência de juros sobre juros devido à mora do consumidor superendividado.

Em muitos casos de superendividamento, os contratos de crédito ao consumo apresentam juros que extrapolam as margens permitidas por lei, fazendo agravar a situação e a inadimplência desses sujeitos superendividados.

O STJ possui regulação jurídica para isso, de acordo com a Súmula 296, “os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.”

Nesse viés, as situações de superendividamento em que fica comprovada a incidência de juros contratuais devidos pela inadimplência do consumidor acima dos praticados pelo mercado permitem uma readequação das taxas aos valores médios praticados no mercado,

²¹⁸ VIAL, Sophia Martini. *A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico*. Revista de Direito do Consumidor, n. 88, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto/2013. p. 234.

mesmo que o contrato de crédito tenha sido realizado com previsão de valores superiores à média praticada.

O enunciado externa a postura de que os juros sempre podem ser alterados do índice contratualmente estabelecido para o índice médio praticado pelas instituições financeiras no período. A disposição desta solução exclui a assimetria informacional do agente que, ao contratar, desconhece que a instituição financeira com a qual pactua cobra juros mais caros que os praticados pelo mercado ou é impedido, por qualquer contingência, de procurar instituição financeira que vá fornecer crédito com menos juros remuneratórios. O estabelecimento dos juros à taxa média de mercado reflete a adoção de um modelo de comportamento distanciado de qualquer padrão teórico de voluntarismo exacerbado ou onisciência. O estabelecimento dos juros à taxa média de mercado reflete a adoção de um modelo de homem inserido na lógica informacional, com mais ou menos educação formal capaz de indicar ou não juros excessivamente altos, mas também com mais ou menos tempo para uma busca que permitisse a contratação com a instituição mais adequada a sua demanda, mais ou menos suscetíveis às agressivas abordagens da mídia, da propaganda ou mesmo dos gritos de oferta de crédito nas ruas.²¹⁹

A democratização do crédito, no Brasil, ocorreu através da popularização das tomadas de crédito e do uso de cartões por grande parte da população, inclusas todas as classes econômicas. Significa dizer que a tomada de crédito envolve todos os tipos de indivíduos e, portanto, diferentes níveis de discernimento e compreensão dos valores que estão sendo contratados.

Aliado a esse fator, a propaganda exerce influência significativa nos consumidores e faz aumentar a contratação de crédito sem a devida cautela e análise comparativa das diversas ofertas do mercado. Embora a informação esteja cada vez mais disponível aos consumidores, a compreensão do objeto do contrato, dado a variedade de mecanismos que existem, resta prejudicada.

Outro fator relevante se refere à rapidez com que contratos de crédito de longa duração são ofertados e contratados pelos consumidores, a contratação de crédito através de algumas financeiras, por exemplo, independe de verificação da vida econômica do indíviduo, podendo ser realizada em um tempo exílio. O risco de tal operação, contudo, é diluído nas altas e abusivas taxas de juro praticadas, sem o consentimento do consumidor.

²¹⁹ MUNÓZ, Maria Paula Costa Bertran. **Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito.** Revista de Direito do consumidor, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 59.

Garantir que os juros contratuais sejam adequados às taxas médias práticas no mercado é um importante mecanismo de apoio às situações de superendividamento do consumidor de boa-fé e encontra respaldo perante o Superior Tribunal de Justiça.

Embora existam dispositivos que possibilitem o embasamento legal para o tratamento dos consumidores que se encontram superendividados, as tentativas judiciais de recuperação dessas pessoas físicas ficam prejudicadas devido à falta de regulamentação específica sobre o tema.

O Poder Judiciário, ainda preso a uma ótica consideravelmente positivista, justifica a falta de legislação sobre o tema para indeferir pedidos de revisão contratual em virtude do superendividamento dos consumidores.

Nessa lógica de apego legislativo, estabelecer a inclusão do tema configura-se como importante caminho na luta para a proteção jurídica do superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Além disso, a complexidade do instituto exige normas e caminhos procedimentais específicos para a reintegração desse indivíduo, justificando uma legislação que seja capaz de delimitar quais serão as medidas necessárias para a concretização da recuperação financeira desses consumidores.

A legislação consumerista francesa ressalta a necessidade de regramento específico para tutelar os indivíduos superendividados, na medida em que possui extensivo rol de artigos em seu código de consumo que tratam do conceito, dos procedimentos e das disposições gerais sobre o superendividamento dos consumidores.

O Projeto de Lei 283 de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor, aperfeiçoando o instituto do crédito ao consumidor e dispondo sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor, se aprovado, representará importante passo para a tutela jurídica dada aos consumidores enquadrados no instituto, garantindo segurança jurídica para esses sujeitos que têm sua vulnerabilidade agravada e suas condições de vida diminuídas em virtude da falta de tratamento legislativo para o tema.

Até a aprovação da lei, os núcleos extrajudiciais de prevenção e tratamento dos consumidores superendividados desempenham importante papel na tutela desses sujeitos, mas encontram dificuldades que impossibilitam o correto e exitoso procedimento de reestabelecimento pessoal desses sujeitos, devido ao vazio legislativo para o instituto em questão.

Embora a legislação pátria possua mecanismos capazes de tutelar o superendividamento das pessoas físicas de boa-fé, a positivação do tema resta inquestionável

para o empoderamento dos mecanismos de tratamento dos consumidores superendividados, sendo necessário à nova realidade econômica brasileira, presa a um desenvolvimento econômico que estimula a contratação e utilização de contratos de consumo vinculados ao crédito.

3.4 A vulnerabilidade agravado do consumidor superendividado

O superendividamento compreendido como a impossibilidade duradoura do consumidor de boa-fé de arcar com suas dívidas atuais e futuras, pode levar ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor, na medida em que tem como consequência a perda de capacidades civis desses indivíduos que se encontram excessivamente endividados.

Em evidência, essa perda de capacidades pode fazer aumentar a vulnerabilidade desse consumidor frente ao mercado, o que necessita especial atenção, uma vez que o superendividamento pode levar a perda de condições mínimas para uma vida digna.

Na sociedade de consumidores, consubstanciada pela motivação para o consumo em larga escala, fica evidente que o consumidor, seja da perspectiva técnica, jurídica ou fática, já possui um grau de vulnerabilidade presumido com relação ao mercado.²²⁰

O Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, I, faz previsão direta da vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo e trata a questão como política nacional na proteção dos consumidores.²²¹

²²⁰ “Compreende-se facilmente que a pessoa consumidora é aquela dotada de fragilidade intensa, desde que cotejada no ambiente onde vive: relação com o mercado; relação com o serviço público; relação com a comunicação. Independente de raça, religião, profissão, condição econômica, intelectual ou grau de instrução, a pessoa exposta ao mercado e aos agentes de transformação desse ambiente (fornecedores) é vulnerável, mesmo que em graus distintos de vulnerabilidade. Aliás, essa debilidade cada vez mais é verificada na medida em que o Estado passa a ter diversos parceiros legisladores (dentre os grandes empresários) e as leis acabam sendo utilizadas como produto normativo de baixa intensidade, sendo eficazmente substituída pelos contratos (*el contrato en lugar de la ley*). Daí falar-se em vulnerabilidade *técnica* (aquele do consumidor em face do empresário detentor monopolístico da tecnologia do produto que coloca no mercado); vulnerabilidade *jurídica* (própria do consumidor que desconhece a extensão e conteúdo de suas obrigações nos contratos de adesão, cativos e conexos em contraposição ao empresário que se apresenta como o predisponente contratual); vulnerabilidade *fática* (que expressa o consumidor envolto às suas circunstâncias próprias como ausência de meios econômicos para litígios ou mera reclamações).” MARTINS, Fernando Rodrigues. **Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor.** In: MARTINS, F. R.; LOTUFO, R. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

²²¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das

Do princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º, I, retira-se uma presunção (legal) absoluta de vulnerabilidade do consumidor, sema rico ou pobre, analfabeto ou pós-doutor, qualquer consumidor ou sujeito de direito qualificado como consumidor é vulnerável. A esta presunção “qualificadora” soma-se uma presunção funcional. A jurisprudência pátria aceita a presunção de vulnerabilidade somente da pessoa física (art. 2º c/c art. 4º, I, do CDC). Em outras palavras, se o contrato de consumo é entre um fornecedor de produtos e serviços e uma pessoa física, presume-se que esta agiu com vistas à satisfação de necessidade própria e familiar. Logo, presume-se que seja vulnerável sempre que atue na posição (social e estruturalmente desequilibrada) de consumidora, como destinatário final (*Endverbraucher*) de qualquer produto e do serviço, seja essencial, supérfluo, valioso ou de bagatela. Alguns têm tentado “descaracterizar” a vulnerabilidade dos consumidores *in concreto*, mesmo que pessoas físicas, alegando que os bens por eles comprados seriam de “luxo” ou que deteriam de conhecimentos especiais, como advogados ou “especialistas”. Esta linha de argumentação não pode prosperar, justamente porque a presunção legal do art. 4º, I, do CDC é clara sobre o reconhecimento por lei da vulnerabilidade “geral” a todos os consumidores. Assim, tratando-se de pessoa física destinatária final sequer é necessário discutir a sua qualificação como consumidora, pois se reconhece e presume o Código de Defesa do Consumidor a sua vulnerabilidade diante dos fornecedores e as normas protetivas do Código do Consumidor a ela se aplicam.²²²

A vulnerabilidade enquanto princípio de reconhecimento e proteção do consumidor deve ser analisada e interpretada como um valor de promoção desses indivíduos visando diminuir as situações de desigualdades existentes entre os consumidores e fornecedores no mercado.

De acordo com Marques, consumidor “é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.”²²³

Essa vulnerabilidade se potencializou quando novos “mecanismos” de consumo foram fornecidos à população sem a devida regulamentação jurídica como, por exemplo, a democratização do crédito que levou grande parte da população de menor poder aquisitivo ao mercado de consumo em nível cíclico e constante, fazendo expandir a contratação de produtos e serviços.

relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasil, 1990.

²²² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 197.

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 302.

A explosão do consumo deve ser seguida por uma valorização dos instrumentos do direito contratual (para todas as pessoas, independentemente de sua classe social), e não por pela banalização e tolerância com os danos contratuais de massa, que agora acontecem. A quantidade não é uma desculpa para a injustiça. Se a nova dogmática se constrói com base em conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios para solucionar os conflitos, a sua complexidade não pode ser uma desculpa para a sua não utilização, ou estaremos ameaçando o Estado de Direito.²²⁴

Nesse prisma, a massificação dos contratos em escala global levou a intensificação dos danos ocorridos e, como consequência, ao aumento das situações de vulnerabilidade agravada, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

Os mecanismos de enfrentamento – cláusulas gerais, princípios jurídicos – devem ser eficazes no combate aos efeitos lesivos desses novos arranjos sociais e econômicos que interferem e geram efeitos nas vidas dos consumidores.

A proteção da vulnerabilidade do consumidor, nessa ótica, se faz necessária, na medida em que o aumento significativo de riscos leva tais indivíduos a um distanciamento cada vez maior de seus direitos fundamentais.

[...] constata-se que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos. A primeira no discurso dos *direitos adquiridos*, na segurança e ordem (institucional), e a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos *direitos humanos e fundamentais*, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente, aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo).²²⁵

Assim, a proteção dos consumidores na nova conjuntura se faz necessária dado a necessidade de preservar o acesso dos indivíduos aos seus direitos fundamentais e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Com o advento e a exploração do mercado financeiro, através da oferta do crédito como produto de consumo, a proteção do consumidor frente às explorações do mercado se tornou ainda mais relevante, na medida em que tais relações de consumo se prolongam no tempo e aumentam, significativamente, os riscos aos consumidores.

²²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

²²⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

As vendas a crédito mostram-se, comumente, agressivas em relação ao consumidor, em virtude do modo como são incorporados os mecanismos financeiros no mercado de aquisição de bens de consumo. A instrumentação das técnicas creditícias em coordenação com métodos persuasivos de venda conduzem à solução do consumidor ante a obtenção de um produto sem uma imediata contraprestação equivalente. Na maioria das vezes, contudo, acaba ingressando em um sistema de fácil “acesso”, porém de complicada “saída”, porque, em razão das imprecisões da informação técnica e condições de crédito, sofre prejuízos em decorrência dos abusos ou excessos na aplicação da correção monetária, juros, sanções por mora etc. Por tal razão, a proteção jurídica vem, universalmente, dirigida no sentido prioritário de imposição de estritos deveres informativos ao fornecedor sobre os aspectos essenciais da relação de crédito.²²⁶

O conceito de vulnerabilidade está diretamente ligado à ideia de igualdade entre as partes. Nas relações de consumo, fica evidente que existe uma desigualdade entre fornecedores e consumidores.

O princípio da vulnerabilidade, nesse contexto, decorre do princípio da igualdade e tem como finalidade a busca pelo estabelecimento e pela manutenção das liberdades dos indivíduos, na medida em que o reconhecimento da igualdade só será possível quando não exista situação em que um dos indivíduos esteja subjugado ao outro.²²⁷

No caso do superendividamento, essa desigualdade se potencializa quando tais relações de consumo se desenvolvem perante bancos e entidades financeiras, ou seja, quando o consumidor se envolve com o consumo de créditos, taxas bancárias, juros e etc.

Com a democratização do crédito, muitos indivíduos antes não inseridos nos sistemas bancários e de crédito, passaram a ser envolver cada vez mais com os custos e com as operações bancárias, sem o devido conhecimento do objeto desse tipo de contratação.

Nestas operações, a proteção do consumidor se eleva devido à própria complexidade do contrato, aliada aos altos riscos que tais operações podem ocasionar aos consumidores. Diante desse cenário, a vulnerabilidade do consumidor deve sempre promover políticas protetivas frente aos abusos cometidos pelas instituições financeiras.²²⁸

²²⁶ STIGLITZ, Gabriel. **O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 195. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

²²⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 125.

²²⁸ “Uma tal perturbação da paridade contratual em virtude do poder avassalador de barganha do banco pode existir pelas mais variadas razões. Ela pode resultar da inexperiência ou da falta de habilidade negocial dos clientes particulares. Experiências e conhecimentos insuficientes evidenciam-se sobretudo nas inovações financeiras, tais como as conhecidas no direito do mercado de capitais. Tais produtos financeiros podem criar dificuldades consideráveis de compreensão até a clientes do banco mais familiarizados com assuntos econômicos. A necessária paridade contratual também pode ser

As relações de consumo que se desenvolvem perante bancos tem como característica a disparidade ampla entre os contratantes. Tal desigualdade contratual pode ser verificada tanto do ponto de vista fático, quanto nas perspectivas jurídica e técnica.

A disparidade fática ocorre na medida em que o consumidor, inserido no contexto de exploração do crédito, se vê diante de inúmeras possibilidades de consumo construídas e tidas como necessárias através do *marketing*.

A vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos indicativos da necessidade de sua proteção, exercida principalmente por meio de intervenção estatal nas relações de consumo. Essa condição específica do consumidor, que redunda em sua fragilidade, é observável, ao menos, sob três enfoques principais: a vulnerabilidade a partir da publicidade, a vulnerabilidade técnico-profissional e a vulnerabilidade jurídica. Através do prisma da *publicidade*, constata-se que, modernas técnicas de *marketing*, agregadas a uma intensa publicidade, reforçada por mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, geram necessidades antes inexistentes antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. Diante desta situação, o consumidor tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre normalmente de forma por ele despercida.²²⁹

A vulnerabilidade fática, portanto, pode ser analisada sobre duas perspectivas: a influência informacional, através da publicidade e do *marketing* e a influência socioeconômica, através do desnível econômico entre as partes.

De acordo com Densa e Nishiyama, “na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o fornecedor que possui grande poder econômico em razão de sua posição de monopólio, fático

desequilibrada de modo intolerável pela falta de conhecimentos jurídicos do cliente particular. Ela aparece com frequência combinada com a posição intelectual mais fraca do cliente. Isso vale sobretudo para as condições gerais do contratos, que muitas vezes regulam as relações contratuais entre o banco e o cliente mais do que as regulamentações legais. Essas condições gerais de contratos são elaboradas por experientes juristas das federações bancárias, que nesse trabalho são apoiados pelos juristas dos grandes departamentos jurídicos de instituições individuais. Uma necessidade adicional de proteção a particulares evidenciou-se nos últimos anos no âmbito da garantia dos créditos. Assim alguns bancos tinham insistido que familiares próximos sem patrimônio assumissem fianças. Nesses casos faltavam valores patrimoniais adequados para a garantia necessária do crédito.” KÜMPEL, Siegrifier. **Proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 858. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

²²⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 471. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

ou jurídico, impõe sua superioridade em face do consumidor que, muitas vezes, é hipossuficiente.”²³⁰

Nas relações de consumo que envolvem fornecedores de crédito, por exemplo, fica evidenciada a disparidade fática e socioeconômica entre as empresas fornecedoras, detentoras de grande capital, e os consumidores pessoas físicas.

O poder econômico dessas instituições frente aos indivíduos faz surgir uma vulnerabilidade fática presumida que potencializa a exposição dos consumidores ao risco dessas operações.²³¹

Além disso, as modernas técnicas publicitárias, aliadas ao *marketing* financeiro, fazem surgir novas necessidades de consumo que levam a existência de uma dependência psíquica pelo ato de consumir, tal situação leva a uma nova vulnerabilidade do consumidor, qual seja, a neuropsicológica.

Na atualidade, o conceito antigo de *Polis* perdeu um pouco a sua relevância como núcleo organizacional da vida em sociedade, assumindo maior relevo a ideia de “globo”, tendo em vista os incríveis avanços ocorridos nas comunicações e no transporte mundial. Até mesmo o mais humilde consumidor já é capaz de conhecer realidades que acontecem no outro lado do planeta, podendo, igualmente, formular comparações com os personagens que constantemente aparecem nas televisões e nos computadores, principalmente no que tange aos seus modos de viver. O aspecto positivo de toda esta globalização é o fato de que o maior número de informações pode auxiliar a melhor compreensão do mundo, em um primeiro momento. Todavia, a reiteração e enorme gama de dados também possui a capacidade de confundir, estimular determinadas reações e, em alguns casos, inclusive alienar os mais vulneráveis. Agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivos, químicos, táticos etc, o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem

²³⁰ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 435. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

²³¹ De acordo com Ferreira e Martins, “o *vulnerável financeiro* desprovido de conhecimento mínimo que sobre as nuances do mercado (que, aliás, é global, não regional e nem mesmo nacional) é o destinatário das inúmeras ofertas esparridas na sociedade de consumo, sendo que cria em seu interior cognoscitivo e legítima expectativa de que a aplicação em determinado fundo (às vezes orientado pelo gerente do banco) ou mesmo o repasse das economias à empresa que promete juros e acessórios bem acima do valor de mercado sem a entrega de qualquer produto ou serviço e desprovida de autorização específica para operar no mercado (pirâmide financeira ou empresas de gestão fraudulentas), trará êxito e situação de plena lucratividade e rentabilidade, sendo após surpreendido pela perda patrimonial.” FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível).** Revista de Direito do Consumidor, n. 98, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015. p. 105-134.

como resultado, muitas vezes, a incorreta tomada de decisão, enfocando o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa.²³²

Os consumidores, inseridos nas margens abertas da globalização, necessitam de tutela não apenas com relação à questão econômica, mas também com referência à vulnerabilidade informacional, que faz surgir uma dependência fictícia e que potencializa situações de superendividamento das pessoas físicas de boa-fé.

A vulnerabilidade pode ser comprovada, também, do ponto de vista jurídico, no sentido de que o consumidor não possui conhecimento concreto sobre as cláusulas estipuladas, além da maioria dos contratos bancários serem realizados sobre a modalidade de adesão, ou seja, sem a livre manifestação de vontade do consumidor no momento de celebração e construção das cláusulas referentes àquele negócio.

Por fim, a desigualdade também pode ser verificada na perspectiva técnica, uma vez que as operações bancárias envolvem uma grande complexidade de informações específicas que extrapolam a esfera de conhecimento do cidadão pessoa física.

Densa e Nishiyama apontam que a “vulnerabilidade técnica significa que o consumidor não detém conhecimento específico sobre o produto adquirido e, por isso, é mais facilmente enganado quanto à especificação e utilidade do bem ou do serviço.”²³³

De acordo com Moraes, “o contrato é uma estrutura jurídica que permite as mais variadas estratégias para que a parte mais forte possa fazer prevalecer sua vontade em relação ao outro pólo do vínculo negocial.”²³⁴

Na sociedade de consumo, os contratos de crédito são celebrados sem a presença de paridade entre as partes, com cláusulas pré-estipuladas pelos fornecedores, sem a possibilidade de negociação de seu conteúdo.

Os contratos de adesão, nesse sentido, possuem uma série de tecnicismos que, aliados à extensão dos pactos obrigacionais, tornam a compreensão bastante complexa para os consumidores, tornando-o vulnerável.²³⁵

²³² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 166.

²³³ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 435. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

²³⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 245.

Em síntese, o envolvimento cada vez maior dos consumidores com operações de consumo que envolva bancos e instituições financeiras potencializa as situações de vulnerabilidade desses sujeitos, na medida em que é possível verificar que o consumidor não está em paridade técnica, jurídica e fática com relação aos fornecedores de produtos e serviços relacionados ao crédito.

A proteção desses indivíduos é ainda mais relevante em países subdesenvolvidos, onde a proteção do consumidor se torna mais complexa devido ao fato de que grande parte da população vive com baixa renda, o que potencializa a instabilidade financeira nesses países.

[...] não podemos aceitar que o Direito do Consumidor, ao ignorar a heterogeneidade dos consumidores, se transforme num conjunto de regras colocadas, abstrata e formalmente, à disposição de todos, mas utilizadas, de fato, apenas por um segmento minoritário do estrato social, basicamente as classes média e alta. Na América Latina, nos últimos anos, a miséria explodiu. De um lado, temos a classe alta com só uns poucos privilegiados; do outro, a classe média, submetida a um processo contínuo de empobrecimento, encolhendo dia-a-dia. Logo, formular o Direito do Consumidor em tais termos, como instrumento de proteção fundamentalmente dessas duas classes, é colocá-lo numa posição elitista, retirando sua vocação de regramento do cotidiano dos consumidores, de todos os consumidores, abastados ou pobres, informados ou desinformados. A proteção do consumidor, como a imaginamos, e a partir daí o próprio Direito do Consumidor, não é instrumento de suporte apenas dos consumidores bem sucedidos e articulados. É certo que o consumerismo, como movimento organizado de consumidores, tem, nos países desenvolvidos, vínculos muito fortes com a classe média. Nos países menos desenvolvidos, o grande desafio, pois, é tornar possível a existência do Direito do Consumidor, apesar do caráter minoritário da classe média e do fato da miséria ser a regra e não a exceção.²³⁶

Nessa ordem, a preocupação com fatores preventivos de não agravamento da vulnerabilidade é ainda mais importante em países que não possuem uma distribuição de renda razoável, como no caso do Brasil.

²³⁵ De acordo com Moraes, “existem várias técnicas, muitas delas completamente imperceptíveis, capazes de ofender os consumidores na sua incolumidade física, psíquica ou econômica. Algumas delas são as seguintes: a) o **tecnicismo** – é comum na área de incorporação imobiliária, bancária, securitária e em muitas outras a existência de inúmeras disposições escritas em linguagem técnica, por óbvio não podendo ser imaginado que os fornecedores desejaram assim o fazer porque confiavam nos conhecimentos específicos dos consumidores em geral. Em realidade, o tecnicismo é uma forma de encobrir situações futuras que, previstas de uma maneira mascarada como o manto da “precisão científica”, pretendem impedir o vulnerável de avaliar com segurança as possibilidades de cumprir o contrato.” MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 245.

²³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. **A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1121. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

O risco das práticas comerciais de consumo de crédito, nesse cenário, são maiores nos países que possuem maior porcentagem da população detendo menor poder aquisitivo. A política de incentivo ao crédito foi realizada justamente para abarcar tais indivíduos, antes excluídos das operações de crédito, sem a devida cautela.

O superendividamento decorrente de má gerência de crédito se torna ainda mais prejudicial aos indivíduos com menor poder aquisitivo, justamente porque a reserva de capital para acidentes futuros dificilmente existirá.

De fato, o crédito permitiu que a população de baixa renda tivesse acesso a uma maior qualidade de vida, adquirindo produtos de alto valor agregado na modalidade crédito, antes impossível com os rendimentos mensais necessários aos gastos básicos familiares.

O problema, contudo, ocorre quando situações de superendividamento surgem nesse cenário, na medida em que a administração da dívida só será possível se os gastos básicos forem prejudicados, afetando diretamente o mínimo necessário para que esses indivíduos possam manter um padrão de vida razoável.²³⁷

A vulnerabilidade do consumidor, nas situações de endividamento excessivo, resta agravada na medida em que aquele indivíduo não possui condições de pagar as suas dívidas. A inadimplência duradoura leva à negativação do nome e, como consequência, o acesso ao crédito só será possível de maneira informal, através de agiotas e de financeiras que oferecem a concessão de crédito sem a devida análise, a um custo altíssimo para consumidor, fazendo agravar ainda mais a sua situação.

A hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade acentuada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e da publicidade de

²³⁷ “[...] a rápida globalização da economia implica programas de ajuste estrutural, que se constituem em ameaças reais ao bem-estar do consumidor. A sociedade torna-se, então, cada vez mais dicotômica, com poucos consumidores privilegiados protegidos e beneficiados ao máximo pelo livre comércio, pelas novas tecnologias, pelas opções de consumo e pelas generosas Leis de Proteção aos Consumidores, enquanto há uma ampla e crescente categoria de consumidores sendo marginalizada ou excluída da sociedade de consumo. O rico paga menos e o pobre paga mais. Isto é ainda mais verdadeiro em economias que estão em transição ou em desenvolvimento e que continuam caracterizadas por muitos dos seguintes aspectos: a manutenção de vários mercados monopolizados; especulação de preços; pouca conscientização dos consumidores; uma fraca atividade dos consumidores; falta de sensibilidade ou de entendimento por parte do judiciário; práticas de comércio e métodos de venda agressivos; falta de execução da legislação existente.” BOURGOIGNIE, Thierry. **A política de proteção do consumidor: desafios à frente.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1401. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

crédito para idosos) ou sua situação (assim caso do Glúten e sobre informações na bula de remédios). Em outras palavras enquanto a vulnerabilidade “geral” do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos), a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade).²³⁸

Sendo assim, a doutrina, ao enquadrar um novo conceito de vulnerabilidade, ainda mais grave do que a presumida pelo CDC, faz com que surja a necessidade de maior proteção jurídica aos novos sujeitos que, de alguma maneira, sofrem mais os efeitos do mercado de consumo.

No caso específico do superendividamento das pessoas físicas, a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada se dá justamente porque aquele indivíduo que se superendividou perdeu a capacidade de consumir.

A perda da capacidade de consumir faz com que tais consumidores se distanciem do acesso aos padrões mínimos para a manutenção da vida, tais como os gastos mensais básicos com alimentação, moradia, saúde e transporte.

Esse cenário de diminuição significativa da capacidade de consumo faz surgir a necessidade de proteção para a manutenção das condições básicas de subsistência dessas famílias que se encontram em situação de inadimplência, garantindo a preservação da dignidade humana, frentes as desigualdades materiais existentes no mercado.

Assim, a igualdade hoje pode ser resumida no ideal de Justo representado pelos direitos humanos ou fundamentais. Efetivamente, nada mais individual e diferente que os *direitos humanos*, como destacado por Erick Jaime. Aqui atua o *vetor da dignidade da pessoa humana*, que também vem do direito público e do direito natural. Como vimos, se a base de todo o ordenamento é a dignidade da pessoa humana (*Würde des Menschen*), e o ponto central do sistema de valores deve ser a pessoa, quanto mais no direito privado, no qual a pessoa digna deve ser não só pessoa livre, mas acima de tudo, pessoa igual, formal e materialmente. Também Oppo afirma que a positivação progressista dos direitos humanos nos ordenamentos nacionais leva a pessoa humana a alcançar uma nova centralidade na ordem jurídica, com claros efeitos no direito privado, daí preferir expressão *pessoa a de sujeito de direitos*. [...]. É assim que o valor do direito (dignidade da pessoa humana) como um todo, domina o sistema de valores (*Wertsystem*) constitucional, a orientar (inclusive na sistematização-valorativa) o novo direito privado brasileiro.²³⁹

²³⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 130.

Em evidência, nem todos os casos de endividamento levam, necessariamente, à hipervulnerabilidade do consumidor, ou seja, enquanto a vulnerabilidade é presumida em caráter absoluto pelo Código de Defesa do Consumidor, a vulnerabilidade agravada depende da verificação do caso concreto e de fatores como: manutenção das capacidades mesmo diante de uma situação de endividamento excessivo, idade, quantidade de familiares que dependem financeiramente do consumidor endividado, tempo estimado para pagamento da dívida, dentre outros.

Embora não se possa afirmar que todos os casos de endividamento conduzam ao aumento da vulnerabilidade, as situações em que fica caracterizado o superendividamento dos consumidores levam à hipervulnerabilidade dos consumidores, na medida em que a insolvência conduz à perda das capacidades desses sujeitos.

O novo Código de Processo Civil, corroborando a tese da vulnerabilidade agravada do devedor insolvente, faz previsão expressa de que os bens desse indivíduo deverão ficar sobre a responsabilidade de um administrador, reforçando a incapacidade do próprio consumidor insolvente para gerir os seus bens, é o que dispõe o artigo 763 do NCPC.²⁴⁰

Nesse contexto, a primeira situação que deve ser analisada na ocorrência do superendividamento é a manutenção das capacidades, seja na perspectiva do exercício e acesso aos direitos fundamentais, seja na perspectiva da capacidade para consumir – embora, na atualidade, não se possa dissociar a capacidade de consumo com o acesso aos direitos e as garantias fundamentais.

A hipervulnerabilidade estará caracterizada nas situações em que o superendividamento leva à perda consistente das capacidades, fazendo com que os gastos para a manutenção básica da família estejam comprometidos com o pagamento da dívida.

Exemplificando, um indivíduo superendividado que deixa de pagar suas contas, realizando apenas os pagamentos mínimos dos cartões e dos empréstimos, em um período médio, terá o nome negativado e o acesso ao crédito negado.

A composição de juros sobre juros continuará aumentando exponencialmente e a capacidade de consumo, diminuindo de maneira consistente. Em um determinado momento, os rendimentos desse indivíduo serão utilizados apenas para pagamento das dívidas, levando a perda abrupta da capacidade de consumo.

²⁴⁰ Art. 763, NCPC. A massa dos bens do devedor insolvente ficará sob a custódia e responsabilidade de um administrador, que exercerá suas atribuições, sob a direção e superintendência do juiz. **Código de Processo Civil**. Brasil, 2015.

O consumidor superendividado tem sua capacidade de consumo rigorosamente mitigada, podendo até se falar em incapacidade. Nesse contexto, o indivíduo que se vê privado da sua capacidade de consumo, não mais possui os mecanismos para gerir sua vida e a de seus familiares e necessita de políticas de enfrentamento e controle do seu superendividamento.

O superendividamento, portanto, leva ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor, potencializando a subjugação desse indivíduo com relação às forças externas do mercado e, por isso, impõe condutas específicas de tutela de enfrentamento e proteção da pessoa que se encontra diante dessa situação.

4 A TRIDIMENSIONALIDADE DO CRÉDITO AO CONSUMO: PROTEÇÃO DO *HOMO CONSUMERICUS* NA SOCIEDADE DE CONSUMO

As transformações ocorridas na sociedade levaram à necessidade de novos marcos regulatórios para as operações de consumo, assim, para além do microssistema de defesa do consumidor, outros instrumentos de tutela se mostram necessários para as demandas cada vez mais complexas desses indivíduos inseridos na etapa que compreende a radicalização da sociedade de consumo.

O crédito, em sua mais alta potência, agora utilizado por grande parte da população sem a necessária regulamentação, leva muitos indivíduos ao risco de ruína financeira, promovendo o aumento substancial de indivíduos endividados.

Os consumidores, ao invés de serem educados para o consumo, foram inseridos em uma política de forte instigação à tomada de crédito e suas variáveis, sem as quais o próprio capitalismo financeiro não poderia se expandir.

A falta de uma educação financeira, aliada ao *marketing* de consumo, levou os consumidores às situações de risco, como o superendividamento das pessoas físicas de boa-fé, tema cada vez mais recorrente nas famílias brasileiras.

A proteção do consumidor, nesse sentido, necessita de instrumentos jurídicos que estejam aptos às transformações e às particularidades das demandas que se inserem nas relações sociais de consumo.

Em evidência, o conjunto de regras do Código de Defesa do Consumidor, não consegue abranger toda a complexidade dessas novas demandas, impossibilitando a correta tutela pelo Direito.

Assim, a oportunidade de se abordar o crédito em seu aspecto tridimensional: como direito, como dever e como princípio, aponta para a necessidade de mecanismos de proteção que consigam irradiar seus efeitos de maneira mais dinâmica e abrangendo a maior quantidade de casos possíveis, sem esses novos instrumentos de proteção, a corrida pela tutela do consumidor frente às assimetrias do mercado estaria prejudicada.

A concepção do acesso ao crédito enquanto direito fundamental do consumidor justifica-se na medida em que, na atualidade, as relações sociais se desenvolvem perante o mercado. Em outras palavras, as transformações ocorridas na pós-modernidade fizeram com que a capacidade econômica de cada indivíduo fosse concebida socialmente como uma forma de reconhecimento e aceitação desse sujeito.

Para além de garantir que os sujeitos excluídos do crédito fossem, reflexamente, “excluídos” da sociedade, o princípio do crédito responsável garante que, em situações de risco, como o superendividamento das pessoas físicas, o consumidor consiga preservar um acesso razoável ao crédito, sem o qual ele não conseguiria gerir sua vida econômica, levando a sua ruína financeira e de seus familiares.

Assim, o direito fundamental do acesso ao crédito garante que os indivíduos ainda que excluídos do mercado financeiro tenham a possibilidade de recorrer ao crédito em situações excepcionais, onde o Estado não consegue garantir a tutela em tempo hábil. Garantindo, também, a preservação do acesso àqueles indivíduos que, em situações de complicações financeira, dependem do crédito, ainda que reduzido, para manterem os gastos necessários para a manutenção da vida.

Não se pretende com isso propor uma política econômica neoliberal de acesso ao mercado financeiro irrestrito a qualquer cidadão, pelo contrário, o direito fundamental de acesso ao crédito levanta a questão da necessidade de uma política financeira de educação e de regulamentação do consumo, apontando as incapacidades estatais de tutelar as necessidades dos indivíduos em tempo razoável.

Nesse contexto, nas situações de acidente da vida em que o Estado não esteja apto a oferecer a ajuda necessária, o crédito represente uma solução imediata para o problema desses indivíduos, garantindo que o mínimo necessário para a manutenção da vida seja preservado.

O dever fundamental do fornecedor de crédito surge, nesse cenário, como reflexo direto do direito fundamental de acesso ao crédito, impondo aos fornecedores condutas objetivas que sejam suficientes para garantir que aqueles indivíduos que pretendam a contratação de empréstimos tenham chances reais de compreender quais são as cláusulas do contrato e se tais condições se adequam à sua realidade econômica.

O dever fundamental, portanto, impõe a necessidade de uma relação de zelo por parte do fornecedor, que deverá ser responsabilizado nas situações em que, mesmo sabendo da incapacidade de solvência daquele indivíduo quando da celebração do contrato, concede o crédito visando apenas o lucro da operação.

O princípio do crédito responsável, como resultado de toda essa modificação estrutural em que a sociedade se estabelece, impõe-se como instrumento apto a fornecer a tutela dos consumidores e irradiar valores de eticidade e responsabilização às relações de consumo, promovendo a máxima eficiência do sistema jurídico na proteção dos consumidores, mesmo naquelas situações em que inexistir regramento específico, com o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

4.1 Crédito como direito fundamental do consumidor de acesso ao consumo: o paradigma de acesso aos bens jurídicos

A sociedade de consumidores, consubstanciada por políticas de valorização e promoção do consumo em larga escala, promoveu alterações significativas nos padrões de reconhecimento e manutenção do indivíduo no ambiente social.

A percepção do consumo, nesse cenário, fortaleceu a autoidentificação e o próprio reconhecimento do indivíduo de acordo com a sua capacidade econômica, isto é, a aptidão do sujeito para consumir.

No mesmo sentido, o acesso aos direitos fundamentais básicos, no contexto na sociedade de consumidores, também depende – ou, ao menos, é facilitado – pela capacidade econômica dos indivíduos.

Assim, conceber o acesso ao crédito como direito fundamental, não parece estranho às novas demandas e enfrentamentos que o Estado Democrático de Direito deve suprir, na medida em que o acesso ao consumo é, em si, o acesso ao próprio espaço social e aos direitos fundamentais dos sujeitos inseridos nesse cenário.

O paradigma de acesso protege os excluídos. Seu fundamento constitucional é a igualdade real de oportunidades, e seu princípio estruturante é o acesso aos bens jurídicos primários. O jurista que adota essa visão está disposto a abandonar a neutralidade a respeito do mercado e a modificar as suas atribuições, está inclinado a intervir em todo tipo de relações, prioriza os resultados em relação às formas e por isso aceita um direito de menor qualidade formal, prioriza os critérios de justiça material (invoca com frequência os fundamentos sociológicos e econômicos). Sua influência é enorme, tanto no direito público quanto no direito privado, e se manifesta em diversos âmbitos (acesso à justiça, ao mercado, à prioridade, ao consumo, etc.).²⁴¹

O paradigma de acesso, nesse sentido, tem seu objetivo na tutela dos excluídos, dos economicamente vulneráveis e sua finalidade na prerrogativa de se garantir que tais indivíduos tenham igualdade de oportunidade, ao menos, para o acesso aos bens jurídicos essenciais.

Na sociedade de consumidores, o acesso aos bens jurídicos depende da aptidão financeira dos indivíduos, disso decorre um aumento substancial da exclusão social de grande parte da população destituída de capacidade econômica.

²⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 230.

É amplamente conhecido o problema da exclusão social. Os bens econômicos, culturais, e também os jurídicos, não são acessíveis a grandes grupos-populações que ficaram fora do mercado. Refere-se que vivemos em uma “sociedade de dois terços”. Ao menos um terço da população está sendo progressivamente afastada da fruição de bens primários, elementares para a subsistência: educação, saúde e alimentação. Poderá ser discutida a magnitude da cifra, mas o fato inegável é que há grupos-populações importantes que estão excluídos. Esse é um dos problemas fundamentais da conformação econômica atual. Produzem-se riqueza e bens, mas grande parte da população não pode usufruir desses bens. O sobreconsumo convive com a pobreza intensa, as tecnologias mais assombrosas não logram obscurecer as expressões do primitivismo que acreditávamos estar abandonado. Tanto em escala mundial como nas sociedades nacionais e nas cidades, o problema da fratura, da existência de dois mundos distintos, da exclusão e do acesso, se faz presente. O conflito distributivo muda-se para os principais lugares do cenário social. Essa fato expõe um problema: existe exclusão do direito? Em tal caso, como solucioná-lo?²⁴²

Em evidência, a existência de sujeitos destituídos de capacidade econômica, na sociedade de consumo, faz com que a exclusão social e jurídica esteja presente nos aspectos da vida cotidiana, são não-sujeitos, impedidos do acesso aos bens jurídicos e negligenciados pelo Estado e pelos poderes públicos.

De acordo com Lorenzetti, existe um “[...] umbral de entrada para o direito que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas”²⁴³, uma vez que as instituições jurídicas foram constituídas sem a real percepção de que existem muitos excluídos que necessitam de ajuda especial para que possam ter acesso aos bens jurídicos essenciais.²⁴⁴

Nessa ordem, o paradigma de acesso aos bens jurídicos primários seria o caminho a ser percorrido para mitigar a exclusão, garantindo que as instituições jurídicas prevejam

²⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

²⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 232.

²⁴⁴ “As instituições jurídicas partiram do pressuposto da sua neutralidade a respeito das distribuições prévias que faz o mercado. Na realidade, pressupõe-se uma identidade entre o mercado e o direito, de modo que não deveria haver diferenças entre um e outro. O problema atual é que há pessoas que não tem trabalho, nem o ingresso mínimo, nem educação, e ficam excluídas do sistema, no qual tampouco podem gozar dos bens jurídicos. Naturalmente, a solução parte do Estado, organizando instituições mais inclusivas, mas isso não acontece com a frequência necessária. O certo é que a permanência do fenômeno da exclusão social, agregado à ineficácia das regras públicas de bem-estar, levou inúmeras organizações da sociedade civil a buscar vias de inclusão através do direito. O primeiro passo foi colocar de manifesto a ausência real do desfrute. Com ironia, pode ser dito que o direito é como um hotel cinco estrelas: está aberto para todos, mas só alguns entram nele: os que podem pagar a diária.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 232.

caminhos de facilitação e até concretização do acesso ao direito e, como consequência, da própria inclusão social e econômica desses indivíduos.

Uma vez que, de acordo com Lorenzetti, “[...] a maioria das instituições jurídicas foi desenhada sem a consideração desse problema. No direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram instrumentalizados pelos setores sociais com amplo acesso a esses bens. Por essa razão pensamos no indivíduo já instalado no bem.”²⁴⁵

Problema que deve ser enfrentando, nesse contexto, é o apontamento de quais normas jurídicas serão utilizadas para garantir o acesso aos bens jurídicos primários, visando à inclusão desses sujeitos, inclusive, para o alcance de seus direitos.

Constatadas as insuficiências do mercado que temos apontado, pode ser pensada uma solução igualitária, por intermédio de uma garantia de acesso indiscriminada. No entanto, os efeitos de um tal sistema produziriam uma saturação dos instrumentos jurídicos, e um prejuízo social ao final de uma cadeia causal mediata. Por isso, é importante assinalar que essas modificações devem ter uma justificação e não ser aplicadas indiscriminadamente. Nem todos os bens têm a mesma categoria. A garantia substantiva ao acesso deve se relacionar com os bens primários. Estender-nos-emos sobre esse tema ao examinarmos as garantias como normas fundamentais. Poderíamos assinalar que são requisitos básicos: liberdade de mercado; igualdade de oportunidades para exercê-la; um mínimo social garantido pelo Estado e referido aos bens primários. Deste modo, os bens primários são os que necessitam de uma proteção especial por parte do direito público e privado.²⁴⁶

Assim, estabelecer garantias substantivas de acesso revela-se necessário, principalmente no tocante aos bens jurídicos primários – como direito de acesso ao consumo, por exemplo.

No contexto do presente trabalho, estabelecer o acesso ao crédito como direito fundamental seria o tratamento correto para sedimentar uma garantia concreta a esse bem primário, na medida em que, os indivíduos excluídos do consumo não possuem as prerrogativas básicas apontadas: liberdade de mercado, igualdade de oportunidades e um mínimo social garantido pelo Estado.

De acordo com Lorenzetti, “o direito de acesso ao consumo é uma “prerrogativa primária dos consumidores, frente aos empresários e ao próprio Estado, pois é preciso, antes

²⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

²⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 248.

de tudo, que os governos garantam, a todos os setores da população, a sua participação no mercado.”²⁴⁷

Nessa ordem, compreender o acesso ao crédito como direito fundamental do consumidor, ressalta a importância de se fortalecer e garantir a prerrogativa primária de acesso ao consumo por parte dos consumidores, impondo condutas, aos setores públicos e privados, que possibilitem a eficácia desse direito.

Além de garantir o acesso dos consumidores aos bens jurídicos primários, como o consumo, por exemplo, o direito fundamental de acesso ao crédito decorre da própria proteção constitucional assegurada ao consumidor.²⁴⁸

Tal direito fundamental deriva da conjunção do art. 4º da Lei 10.820/2003 aos vetores constitucionais de defesa do consumidor e ordem econômica (arts. 5º, XXXII e 170, V, da CF/1988): caso claro de *direito fundamental por derivação* (linha argumentativa). Nesta hipótese normativa, às instituições de crédito cumprem, nos ditames de referidos axiomas, a partir de seus contratos, desencadear aoso consumidores ampla e máxima efetivação de seus direitos (*e na sua omissão cabe ao Estado por seus órgãos de proteção ao consumidor fazê-lo*) evitando-se (*ex ante*) o flagelo da marginalização e exclusão social, operando créditos em condições adequadas à situação existencial da pessoa; e no eventual rebaixamento da qualidade de vida pelo crédito já concebido e contratado predispondo-se ao reequilíbrio creditício (*ex post*), através da cláusula geral de boa-fé, rumo ao *dever de renegociação*.²⁴⁹

A Constituição Federal de 1988, ao assegurar a defesa do consumidor no seu rol de direitos e garantias fundamentais, sedimenta a defesa do acesso ao crédito como direito fundamental dos cidadãos, uma vez que esse direito decorre justamente da ampla proteção constitucional dada aos consumidores.

²⁴⁷ Sedimentando o posicionamento, o autor afirma, ainda, que “as nações unidas (art. 3º, Direct, 1985), entre outras garantias dos consumidores, a promoção dos interesses econômicos e o denominado “direito de acesso ao consumo”. Outros textos o assinalam indiretamente, como a lei equatoriana de proteção ao consumidor, de 1990, que reconhece o direito a obter preços justos (art. 4º, inc. c). No que diz respeito às técnicas para tornar efetivas essas garantias, podem ser destacadas aquelas que propõem uma intervenção no mercado, mediante normativas de direito público que regulam a oferta.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

²⁴⁸ A Constituição Federal de 1988 disciplina a proteção do consumidor no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), assegurando que: art. 5º, XXXII, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

²⁴⁹ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível)**. Revista de Direito do Consumidor, n. 98, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015. p. 105-134.

Soma-se isso, o argumento de que a privação de acesso ao crédito, na sociedade de consumidores, pode acarretar a perda de liberdades por parte dos indivíduos, na medida em que as relações humanas se estabelecem, na maioria das vezes, perante o consumo de bens e serviços.

O superendividamento, no mesmo sentido, quando ocasionado na vida econômica de um consumidor pessoa física, o leva a diminuição significativa de sua capacidade econômica e, em consequência, da mitigação de sua capacidade para o exercício de direitos civis.

Essa privação, ainda que relativa de capacidades, pode levar a uma privação elevada das liberdades desses sujeitos superendividados, no sentido de que a perda da capacidade de consumo leva o indivíduo a exclusão social.

Ao Estado Democrático de Direito, cabe a tarefa de assegurar a manutenção das liberdades de seus indivíduos que, no contexto apresentado, dependem da garantia do acesso ao crédito como direito fundamental dos consumidores.

Reforçando a relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, Duque afirma que “tanto direitos fundamentais quanto Estado de direito são expressões clássicas que estão intimamente conectadas. Essa conexão se revela pelo fato de que se verifica uma simbiose entre Estado de direito e liberdade, que se reproduz perante os direitos fundamentais, que no fundo, destinam-se ao asseguramento da liberdade.”²⁵⁰

Os direitos fundamentais impõem, nesse sentido, condutas proibitivas e positivas perante o Estado de direito, visando assegurar e dar garantia às liberdades individuais dos sujeitos inseridos nesse cenário.

O acesso ao crédito, portanto, compreendido como direito fundamental, impõe condutas para o Estado no sentido de fornecer instrumentos de proteção aos indivíduos, visando mitigar efeitos do superendividamento dos consumidores e, como consequência, promovendo a proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, o indivíduo enquanto centro do ordenamento jurídico reforça o valor da dignidade humana como imperativo a ser alcançado e garantido pelo Estado, nesse sentido, Meireles aponta que “o valor moral, representado pela dignidade, se encontra infinitamente acima do valor da mercadoria, razão pela qual o homem não pode servir de meio para se alcançar outros fins, já que é um fim em si mesmo.”²⁵¹

²⁵⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

²⁵¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 101.

No mesmo sentido, Duque aponta que “o fundamento do Estado de direito em sentido material está no reconhecimento dos direitos fundamentais que, com ponto de partida na garantia da dignidade humana, promovem a intermediação do conteúdo e direção das tarefas estatais de asseguramento da segurança, liberdade e igualdade social.”²⁵²

O acesso ao crédito, na sociedade de consumidores, para além de garantir a dignidade da pessoa humana, uma vez que o acesso a bens representa, em alguns aspectos, o acesso à própria dignidade, também assegura a não privação de liberdades que a exclusão econômica pode acarretar nesses indivíduos e promove, ainda, a busca pela igualdade social – ou, ao menos, a igualdade de acesso ao crédito.

A atribuição do status de direito fundamental decorre, nesse contexto, da argumentação jurídica estabelecida no sentido de produção de normas jurídicas, uma vez que o direito fundamental de acesso ao crédito deriva da soma de fatores sociais, econômicos e jurídicos vigentes.

A teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objetivo de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos. Em princípio pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da *produção ou estabelecimento* de normas jurídicas. Aqui, por sua vez, se poderia fazer uma diferenciação entre as argumentações que acontecem numa fase pré-legislativa. As primeiras se efetuam como consequência do surgimento de um problema social, cuja solução – no todo ou em parte – acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa.²⁵³

Assim, a elevação do acesso ao crédito como direito fundamental (medida legislativa) decorre de problemas ocasionados pela facilitação e promoção de acesso ao crédito e do superendividamento do consumidor (problema social) e impõe a necessidade de uma argumentação que justifique a nova concepção ao direito referenciado – o direito fundamental de acesso ao crédito.

Outro argumento para a compreensão do acesso ao crédito como direito fundamental decorre da norma fundamental atribuída proposta por Alexy, segundo o qual “as normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito

²⁵² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

²⁵³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros.** 3^a. São Paulo: Landy editora, 2003. p. 18.

fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas.”²⁵⁴

Nesse viés, Alexy amplia o conceito de direitos fundamentais para além dos previstos nos textos constitucionais, posição que nos parece acertada dada a crescente demanda regulatória, ocasionada por mudanças sociais significativas que imprimem a necessidade de um direito regulatório dinâmico e aberto às novas tutelas que se impõem.

A fundamentação para a norma de direito fundamental atribuída, entretanto, não pode ser realizada apenas com critérios de validade isolados, uma vez que são normas não positivadas que dependem de fundamentação específica para que sejam erguidas ao patamar de norma fundamental.²⁵⁵

Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional basta a referência à sua positivação. No caso das normas atribuídas isso é, por definição, excluído. Logo, sua identificação por meio do critério jurídico de validade não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida. Portanto, nenhum dos critérios de validade é adequado para identificar normas de direito fundamental atribuídas. Mas todos eles são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: uma norma atribuída, e é uma norma de direito fundamental, se para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (grifo nosso).²⁵⁶

Nesse contexto, o direito fundamental de acesso ao crédito é norma de direito fundamental atribuída em virtude da fundamentação e estreita ligação com outros valores fundamentais constitucionalmente assegurados, tais com a dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor.

Assim, “saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”²⁵⁷, solidificando a possibilidade de se definirem novos direitos fundamentais a partir da argumentação e fundamentação com direitos já positivados.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

Com isso, evidencia-se que a norma associada traduz um significado que, *prima facie*, não fazia parte de uma norma de direito fundamental abstratamente considerada, mas que pelo juízo de argumentação jurídica passa a integrar o conteúdo dessa norma, circunstância que evidencia que os direitos fundamentais são normativos e não descriptivos. Destarte, à medida que se torna possível realizar relações de fundamento (*Grund*) e de precificação (*Präzisierung*), verifica-se que existem outros enunciados linguísticos que originam as normas associadas, de modo que as normas de direitos fundamentais podem ser derivadas por meio de fundamentação e pela técnica de argumentação jurídica, que informa o direito como discurso prático. Desse modo, a regra obtida por meio de um procedimento de interpretação e de ponderação de bens associa-se ao direito fundamental em jogo, passando a fazer parte da concepção desse direito, sempre que presentes, no caso concreto, as mesmas condições fático-jurídicas. [...]. A matéria atinente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas está relacionada, portanto, aos juízos de argumentação jurídica praticados em sede de interpretação não apenas dos direitos fundamentais, mas também do direito privado pertinente ao caso. Deixa-se consignado, nesse tópico, que os direitos fundamentais são regras sobre ônus argumentativo (*Argumentationslastregeln*), ou seja, regras que ordenam argumentação, cujo sucesso depende daquilo que é compatível com a própria natureza dos direitos fundamentais.²⁵⁸

Questão que se coloca relevante, nesse aspecto, é a de estabelecer uma delimitação ao conceito dos direitos fundamentais e substanciar a relação de sua eficácia nas relações privadas de consumo, na medida em que diferentes posicionamentos levantam interpretações e aplicações distintas desses direitos às relações entre particulares.

O conceito de direitos fundamentais se transformou de acordo com as alterações do papel do Estado na vida dos particulares e, portanto, carece de uma definição unitária. Contudo, o sentido mais clássico de direitos fundamentais é o que imprime condutas negativas ao Estado, visando à proteção de determinados bens e das liberdades individuais.

O sentido clássico dos direitos fundamentais repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais. A sua ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz. Como parte integrante das determinações constitucionais são normas jurídicas e, como tais, fundamentam pretensões de respeito oponíveis por seus titulares em face do seu destinatário, que é o Estado. A sua natureza diferenciada agrega a essa condição uma série de circunstâncias, que não necessariamente se fazem presentes nas demais normas jurídicas de caráter infraconstitucional. Essas circunstâncias fazem com que os direitos fundamentais devam ser investigados a partir de uma dogmática própria que lhes é peculiar. Nesse sentido clássico, um conceito relativamente simples de direitos fundamentais é o de posições jurídicas essenciais, normalmente garantidas em uma constituição escrita, que

²⁵⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

protegem o cidadão contra intervenções dos poderes públicos, conceito que costuma ser estudado em face do próprio conceito formal de Constituição.²⁵⁹

Para Pieroth e Schlink, os direitos fundamentais “são direitos do indivíduo e vinculam o Estado. A sua particularidade relativamente a outros direitos subjetivos reside na sua categoria constitucional. Exigem justificação ao Estado e são-lhe a este respeito anteriores.”²⁶⁰

De acordo com Dimoulis e Martins, “*direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.*”²⁶¹

Algumas delimitações conceituais estabelecem os direitos fundamentais no mesmo sentido que os direitos humanos ressaltando, porém, a diferença a partir de sua positivação no ordenamento jurídico.²⁶²

Já se assentou que os direitos fundamentais são aqui tratados no mesmo sentido de direitos humanos, embora se reconheça que uma diferenciação entre os termos, conforme a abordagem que se propõe, pode se mostrar necessária. Na presente investigação, tal diferenciação possui pouco significado prático, razão pela qual não é explorada. No máximo, atém-se à observação de que direitos fundamentais podem diferenciar-se dos direitos humanos a partir de sua base jurídico-positiva. Os direitos humanos encontram o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, sendo

²⁵⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

²⁶⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva: 2012. p. 49.

²⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

²⁶² No mesmo sentido, Robles aponta que “os *direitos humanos* ou *direitos do homem*, classicamente chamados *direitos naturais* e atualmente *direitos morais*, não são, em verdade, autênticos direitos – protegidos pela possibilidade de ação processual perante um juiz –, mas critérios morais de especial relevância para a convivência humana. Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser *direitos fundamentais* em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um *status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários. A questão de quais sejam tais direitos fundamentais é resolvida de modo particular por cada ordenamento jurídico. Normalmente, é a Constituição que especifica os direitos fundamentais e prevê um tratamento especial para eles. Assim, portanto, a determinação dos direitos fundamentais no âmbito de um ordenamento jurídico não é tarefa que deva permitir a especulação livre; antes, só é possível quando atende às disposições do ordenamento em questão. Os *direitos fundamentais* são determinados positivamente. São direitos humanos positivados, isto é, concretados e protegidos especialmente por normas do nível mais elevado. A positivação tem tal transcendência que modifica o caráter dos direitos humanos pré-positivos, posto que permite a transformação de critérios morais em autêntico direitos subjetivos dotados de maior proteção que os direitos subjetivos *não fundamentais*.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** São Paulo, 2005. p. 07.

considerados direito “sobre-positivo” – mesmo no caso de sua eventual textualidade – de caráter irrenunciável, cuja característica essencial é a sua transnacionalidade. Já os direitos fundamentais encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas. Fato é que os direitos fundamentais são expressões dos direitos humanos, já que em sua totalidade limitam-se, no essencial, à garantia dos clássicos direitos civis e humanos.²⁶³

A acepção clássica de direitos fundamentais, nesse sentido, aponta o Estado como destinatário dos direitos fundamentais, assegurando que este não realize intervenções na vida dos particulares. Entretanto, a concepção acima não contempla questões relevantes para a compreensão e aplicação prática dos direitos fundamentais, tais como, por exemplo, quem são os titulares desses direitos; qual a extensão de seus efeitos e se apenas o Estado será destinatário de suas diretrizes.

Todos esses questionamentos são relevantes para a compreensão da aplicação dos direitos fundamentais na vida privada e necessitam de aporte teórico para que se compreenda como o acesso ao crédito merece ser entendido como direito fundamental dos consumidores na sociedade de consumo.

Os direitos fundamentais intermedeiam ao indivíduo pretensões oponíveis judicialmente. Trata-se da natureza desses direitos, em seu sentido clássico, como direitos de defesa destinados a assegurar uma esfera livre ao cidadão contra agressões provenientes dos poderes públicos. Eles se mostram, portanto, com primazia, na função de direitos de defesa subjetivos contra os poderes estatais, sendo que sua tarefa consiste em impor e se assegurar na realidade da vida estatal por meio de uma vigência ampla. Desde já, revela-se que a vigência ampla é um dos elementos que deve integrar o conceito de direito fundamental. Até aí nada está dito quanto à extensão dessa vigência ou o que se entende por ampla. Entretanto, pode-se adiantar que uma vigência minimamente aceitável significa que os efeitos dos direitos fundamentais não podem estender-se apenas às relações nas quais o Estado toma parte.²⁶⁴

Mesmo que, na acepção clássica de direitos fundamentais, entenda-se o Estado como destinatário, não se pode excluir os efeitos desses direitos também para as relações entre particulares, como as de consumo, por exemplo.

²⁶³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

²⁶⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

Garantir a vigência dos direitos fundamentais apenas nas relações em que o Estado é parte seria mitigar a própria força desses direitos na preservação da dignidade humana na ordem jurídica do Estado de direito.

Os direitos fundamentais tem a pessoa humana como seu alicerce e a busca pela garantia da dignidade humana como essência, além disso, constituem-se como centro gravitacional do direito constitucional moderno.²⁶⁵

Disso decorre que “[...] o Estado está para a vontade da pessoa e não a pessoa está para a vontade do Estado. A partir do instante em que o Estado volta os seus olhos para a pessoa, grande parte dos problemas jurídico-constitucionais encontram solução, dentre eles, a fundamentação constitucional em torno da proteção do consumidor [...].”²⁶⁶

A busca da dignidade da pessoa humana, a proteção da vontade dos indivíduos e preservação de suas liberdades individuais constituem a base dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”. [...]. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como “valor-fonte fundamental do Direito”. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de “direito justo”. O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a

²⁶⁵ “Daí se pode afirmar que esses direitos situam-se não somente no ponto central, como também no primeiro plano do interesse científico jurídico-estatal. Os direitos fundamentais afirmam-se como elementos de ordenação das pessoas para a coletividade. Os bens e interesses jurídicos que em geral são objeto de tutela pelos direitos fundamentais não foram criados pelo Estado, haja vista que possuem uma origem considerada pré-Estatal. Uma das consequências desse entendimento é que o Estado não pode revogar os direitos fundamentais pelo fato de tê-los criado. Trata-se de bens de mais alto significado, que se originaram não da ação estatal em si, mas do mundo dos fatos e que na acepção do Estado de direito, devem ser protegidos pelo Estado.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

²⁶⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittewirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais.²⁶⁷

Nesse contexto, a pessoa humana desempenha papel de centralidade no ordenamento jurídico e os direitos fundamentais visam à preservação da dignidade do indivíduo, impondo condutas condizentes com tal finalidade nas esferas pública e privada.

O superendividamento das pessoas físicas de boa-fé, compreendido como a impossibilidade manifesta de pagamento das dívidas não profissionais atuais e futuras, pode comprometer o mínimo necessário para a manutenção da vida desses indivíduos, levando à mitigação da dignidade dessas pessoas.

Isto porque a privação relativa da renda desses indivíduos, em virtude do superendividamento e de seus efeitos, pode levar à privação absoluta das capacidades e liberdades desses sujeitos, na medida em que limita – e, em muitos casos, exclui – esse consumidor endividado do acesso ao mercado e, portanto, do acesso a bens indispensáveis à manutenção de uma vida digna.

Estabelecer o crédito como direito fundamental dos consumidores, nesse contexto, visa à manutenção da dignidade desses indivíduos que perderam sua capacidade de consumo e, portanto, tem suas condições mínimas de manutenção da vida mitigadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.²⁶⁸

A preservação da dignidade da pessoa humana, nesse cenário, revela a necessidade de se estabelecer um novo direito fundamental, qual seja, o de acesso ao crédito, impondo condutas comissivas e omissivas para garantir que novos sujeitos tenham direito ao crédito e também para garantir que os sujeitos mantenham o acesso ao exercício do crédito, quando em situações de superendividamento.

O direito fundamental ao crédito, portanto, pode ser interpretado sobre duas premissas: garantir o acesso ao crédito àqueles indivíduos excluídos do mercado de consumo e, além

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

²⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 89.

disso, garantir a manutenção do crédito, quando em situações de aumento da vulnerabilidade, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Na acepção do acesso ao crédito, o direito fundamental justifica-se na medida em que, na sociedade de consumidores, o acesso aos direitos e garantias fundamentais facilita-se de acordo com a capacidade econômica dos indivíduos, uma vez que o Estado não consegue suprir todas as demandas sociais necessárias para manter um padrão de vida digno aos sujeitos que o compõe.

Nesse viés, além de aumentar o poder para o exercício de direitos, a capacidade financeira subsidia situações de urgência que necessitam de suporte econômico imediato como doenças, desemprego, na medida em que o alcance – ou, até mesmo, a omissão – do poder público não consegue tutelar em tempo razoável.

Na acepção da manutenção do acesso ao crédito, o direito fundamental encontra respaldo na necessidade de se assegurar a manutenção do mínimo necessário para o andamento da vida em situações de vulnerabilidade agravada, com o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, considerando-se que essa situação impõe a necessidade de preservação das condições básicas para que o indivíduo possa reestabelecer sua vida financeira, em um tempo médio razoável, evitando sua ruína econômica e os problemas de ordem pessoal e pública que dela decorrem, tais como crises familiares, depressão, desemprego, aumento da inadimplência, etc.

Questão que se coloca relevante, nesse contexto, é a de estabelecer quem são os destinatários de tais direitos e a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais tendo como destinatário de suas normas as relações entre terceiros – *drittewirkung*.

Esta problemática – e, num correcto entendimento, apenas ela – é o que constitui o objeto da discussão em torno da chamada “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (*Drittewirkung*). A sua compreensão é muito facilitada se distinguirmos, claramente, três perguntas e respondermos a cada uma explicitamente. *Primeira*: quem é *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? *Segunda*: o *objeto do controlo* segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? *Terceira*: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?²⁶⁹

²⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 52.

De acordo com o critério dos destinatários, podemos conceber a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais com relação aos particulares em eficácia imediata e mediata da vinculação de seus efeitos nessas relações.

Em um quadro amplo, a teoria da eficácia direta sindicaliza que os direitos fundamentais não necessitam, em princípio, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas, assumindo, assim, a função de direitos de defesa oponíveis contra outros particulares, de modo que os indivíduos podem invocar os seus direitos subjetivos fundamentais também perante outros sujeitos privados, em termos semelhantes àqueles que se opunham contra o Estado. Desse modo, certos direitos fundamentais possuem eficácia absoluta ou uma eficácia normativa direta em sua qualidade como direito constitucional vinculativo e objetivo, que revoga, modifica, complementa ou cria novas determinações de direito privado.²⁷⁰

A eficácia imediata seria, nesse contexto, a vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, compreende como destinatários de tais direitos o Estado e os sujeitos de direito privado. Em contrapartida, a eficácia mediata ou indireta configura-se pela subsidiariedade da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas.

O núcleo da teoria da eficácia indireta deixa-se reconduzir à constatação de que a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado é, em primeiro lugar, uma tarefa do legislador ordinário, vinculado, por sua vez, aos direitos fundamentais, a quem cabe concretizar o conteúdo jurídico desses direitos, demarcando as posições dos sujeitos privados garantidas pela constituição. A ideia central é que cabe ao legislador a tarefa precipua de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a vigência efetiva dos direitos fundamentais. A vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais é, portanto, em última análise, consequência da vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais.²⁷¹

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas evoca a necessidade de um posicionamento quanto à adoção da postura imediata ou direta e da vinculação mediata ou indireta.

A pergunta pelos destinatários dos direitos fundamentais encontra-se por detrás da famosa controvérsia travada entre as teorias da eficácia imediata e

²⁷⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

²⁷¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

da eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros. Correctamente entendida a primeira, os direitos fundamentais dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, *sem mais*, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado.²⁷²

Canaris sustenta a corrente que rejeita a teoria da eficácia imediata em relação a terceiros, justificando que a adoção da eficácia imediata acabaria por fragilizar a autonomia privada, prejudicando a liberdade de contratar dos indivíduos.²⁷³

A autonomia do direito privado, portanto, representa o limite para a aceitação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para Canaris, entretanto, o autor identifica uma distinção entre a eficácia imediata em relação a terceiros e vigência imediata dos direitos fundamentais.

A meu ver, e para evitar mal entendidos, dever-se-ia, por isso, distinguir entre a *eficácia imediata em relação a terceiros* e a imediata *vigência* dos direitos fundamentais. Isto é recomendável, desde logo, porque, a não ser assim, também a vinculação imediata aos direitos fundamentais do legislador de direito privado poderia ser designada como eficácia imediata *em relação a terceiros* – o que, na verdade, por vezes acontece, apesar de ser um contrassenso. [...]. Como *primeiro resultado parcial*, pode portanto reter-se: destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado.²⁷⁴

Nesse aspecto, Canaris propõe que a vinculação imediata dos direitos fundamentais para os legisladores de direito privado não implica em afirmar que existe uma eficácia imediata com relação aos particulares, na medida em que implicaria uma mitigação da autonomia garantia ao direito privado.

²⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 53.

²⁷³ Nesse sentido, Canaris pontua que a generalização do entendimento da vinculação imediata aos particulares “conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se consequentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 53.

²⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54.

No mesmo sentido, o autor sustenta que o objeto de controle dos direitos fundamentais restringem-se, a princípio, apenas aos atos do poder público, mas não aos atos de sujeitos de direito privado que só serão controlados, de maneira mediata, desde que exista uma forma de raciocínio dogmático que permita o controle dos atos de terceiros pelos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

Da conclusão ora apontada resulta, sem mais, o *segundo resultado parcial*: objeto do controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícitos. Pois se – e na medida em que – estes sujeitos não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logicamente os seus actos também não podem ser aferidos imediatamente com base na bitola dos direitos fundamentais. Se, contudo, mesmo assim, tal vier a ocorrer “mediatamente” de algum modo – o que, como se sabe, corresponde no resultado ao entendimento quase dominante –, é preciso, ainda, que exista uma ponte para o raciocínio, que o possibilite de uma forma dogmaticamente consistente. Esta pode encontrar-se se perguntarmos pela função em que os direitos fundamentais são aplicados neste contexto: como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela.²⁷⁵

Assim, determinadas relações entre particulares podem, de forma mediata, serem objeto de controle pelos direitos fundamentais, a depender da função com que esses direitos são aplicados nessas relações entre terceiros.

A função dos direitos fundamentais, nesse contexto, pode imprimir condutas proibitivas de intervenção e também impor imperativos de tutela, enquanto proibições de intervenção, os direitos fundamentais não serão, a princípio, objetos de controle da iniciativa privada, entretanto, enquanto imperativos de tutela, os direitos fundamentais poderão incidir sobre a vontade de terceiros nas relações entre particulares.²⁷⁶

²⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

²⁷⁶ “E aqui a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a “eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros”, da qual, na substância, se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos). Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 58.

A produção de efeitos pelos direitos fundamentais nas relações privadas, portanto, se justifica pelo fato de o Estado e da ordem jurídica estarem vinculados à proteção dos cidadãos, inclusive de um perante o outro, nas relações entre particulares.

Toda situação concreta que exija a proteção de um indivíduo frente ao outro – ou com relação a terceiros – será objeto de controle realizado pelos direitos fundamentais, uma vez que estes incidem de maneira mediata nas relações privadas.

As relações de consumo de crédito, nesse aspecto, se enquadram na perspectiva apresentada por Canaris, na medida em que os consumidores – contratantes vulneráveis – necessitam de proteção perante os fornecedores.

Estabelecer o crédito como direito fundamental, nesse aspecto, faria com que as relações de consumo que envolvam crédito fossem objeto de controle pelo direito fundamental, impondo imperativos de tutela perante o Estado e, também, perante os particulares (fornecedores).

No que tange a incidência da função de imperativo de tutela quanto à auto-vinculação por contrato, Canaris defende os efeitos dos direitos fundamentais incidindo inclusive sobre as partes do contrato.

A função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela desenvolve os seus efeitos, em princípio, também em relação à auto-vinculação das partes por contrato. Contra isto não pode opor-se o argumento de que esta baseia-se no exercício da autonomia privada, a qual, por sua vez, é assegurada constitucionalmente, e de que uma “proteção dos direitos fundamentais contra si próprio” se não compatibiliza com a concepção liberal dos direitos fundamentais. Este argumento não convence sob os pontos de vista jurídico-teórico e dogmático-constitucional, desde logo, porque a vinculação contratual, tendo embora, na verdade, o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estas sanções, que vão até à execução forçada.²⁷⁷

Nesses aspectos, conceber a necessária proteção e vinculação dos imperativos de tutela, inclusive no que toca à vontade das partes no contrato de crédito, visa assegurar que exista uma tutela dos consumidores perante essas contratações.

²⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 71.

Em sentido oposto, Sarmento aponta que, “no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.”²⁷⁸

Assim, concebe a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, orientando seu posicionamento na estrutura que os direitos fundamentais receberam pela Constituição Federal de 1988, pontuando que “a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a ideia de uma vinculação passiva universal.”²⁷⁹

Sarmento contraria a posição que defende a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas defendida por Canaris apontando que, ao contrário do cenário alemão, não se pode depender da vontade do legislador ordinário para que os direitos fundamentais incidam nas relações privadas, nem utilizá-los como meras diretrizes interpretativas das cláusulas gerais do Direito Privado. Aponta, ainda, a realidade brasileira como justificativa para a eficácia imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, afirmando ser esta uma questão de direito, de ética e de justiça.²⁸⁰

Por isso, não hesitemos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça. Ademais, as objeções lançadas contra esta concepção nos parecem todas improcedentes. Poderíamos, num esforço de síntese, resumir os argumentos esgrimidos contra a tese da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais às seguintes proposições, de resto já enunciadas assistematicamente ao longo desse trabalho: (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição dos poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados estejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e a identidade do Direito Privado, permitindo a sua “colonização” pelo Direito Constitucional.²⁸¹

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 238.

²⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237.

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 239.

Assim, elenca os principais argumentos trazidos pelos defensores da teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, refutando todas as argumentações levantadas com base no valor da Constituição Federal.

A autonomia privada, para Sarmento, não justifica o impedimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações em particulares, na medida em que a própria autonomia privada não constitui um valor absoluto.²⁸²

No que toca o argumento do caráter antidemocrático da aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais, Sarmento aponta que nada “obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando a matéria, ou quando aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais.”²⁸³

Além disso, a questão ligada à segurança na aplicação do direito não pode ser encarada a partir de uma perspectiva ultrapassada, que concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras prontas a uma mecânica subsunção. O paradigma pós-positivista hoje vigente, que investe na juridicidade dos princípios, paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos seguras. Este, no entanto, não é um problema ligado apenas à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se de questão mais ampla, que atinge a todos os ramos do conhecimento jurídico, e nada justifica a criação de uma redoma em torno ao Direito Privado, para deixa-lo imune aos sopros renovadores do pós-positivismo.²⁸⁴

O argumento sobre a insegurança jurídica, portanto, não deve ser reservado à proteção e distanciamento do Direito Privado, uma vez que a própria estruturação do Estado

²⁸² “Ademais só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos privados à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas visa, ao inverso, promove-la no seu sentido mais pleno, que é aquele que recebeu a bênção constituinte.” SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 240.

²⁸³ Segundo o autor, ainda, a premissa de que o Poder Judiciário não teria legitimidade para decidir contra a vontade do legislador, por ser um poder contramajoritário não goza de veracidade. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 241.

²⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242.

Democrático de Direito e do paradigma pós-positivista impõe uma carga de maleabilidade da aplicação seca das normas postas.

Por fim, a alegação de que tal entendimento colocaria em risco a autonomia do Direito Privado também é refutado sobre a premissa de que a Constituição possui supremacia hierárquica e irradia efeitos em todas as esferas jurídicas, não afetando a sua independência.²⁸⁵

Em que pese os argumentos levantados, o direito privado sustenta-se por prerrogativas e regramentos específicos que estão vinculados aos valores constitucionais e que, portanto, já irradiam os efeitos e valores às atividades privadas, soma-se a isso a presença de cláusulas gerais como imperativos de comando que imprimem estreita relação com a proteção dos particulares em situações de risco.

Além disso, “a função social subtrai do contrato os contornos individualistas de uma igualdade tão somente formal, para assentá-lo em uma igualdade substancial. Nesses termos, a liberdade contratual não se justifica quando atentar contra os valores de justiça.”²⁸⁶

Posto isso, sustentar a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares significaria nítida mitigaçāo da autonomia privada que, apesar de não ser valor absoluto, deve ser sustentada como norteadora do direito privado como um sistema autônomo.

Duque, sustentando a eficácia mediata (indireta) dos direitos fundamentais nas relações privadas, afasta a incidência da eficácia imediata utilizando como linha argumentativa o conjunto dos seguintes argumentos: tradição histórica; a natureza e a função dos direitos fundamentais; a impossibilidade de recondução à cláusula de aplicabilidade imediata e incompatibilidade com o princípio da autonomia privada.²⁸⁷

Na abordagem da tradição histórica, Duque afirma que a eficácia direta dos direitos fundamentais se deu em virtude de especificidades políticas vividas na Alemanha, que não condizem com a realidade brasileira.²⁸⁸

²⁸⁵ “[...] nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional. Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 243.

²⁸⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.

²⁸⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittewirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 118

²⁸⁸ “[...] a doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais deixa-se compreender apenas do ponto de vista histórico e de uma realidade que não corresponde, necessariamente, à brasileira. Isso significa que as particularidades e a realidade atual do ordenamento jurídico brasileiro não justificam, em princípio, a adoção de um modelo de *Drittewirkung* direta para os direitos fundamentais clássicos, que nem no seu ninho original encontra mais aplicação. Do mesmo modo, o fato de o reconhecimento de

No que tange a natureza e a função dos direitos fundamentais, Duque defende a impropriedade de se sustentar a eficácia imediata nas relações privadas na medida em que a natureza de tais direitos é abstrata, nessa ordem, a adoção de tal teoria formaria “um sistema abrangente de restrições recíprocas, sem que a partir deles se pudesse derivar uma justificação jurídica suficiente o que, contraria, em parte, o próprio sentido desses direitos.”²⁸⁹

Esse modelo, além de poder ocasionar uma quebra no princípio da separação dos poderes, pode, ao fim e ao cabo, gerar um efeito contrário à sua própria razão de ser, que é a busca da maior efetividade possível dos direitos fundamentais, a partir do momento em que se priva de um grau considerável de funcionalidade, que é proporcionado pela legislação ordinária. Soma-se a isso o fato de que o modelo de eficácia direta tem o inconveniente adicional de fomentar uma considerável insegurança jurídica no ordenamento e conflitos demasiados entre titulares de direitos fundamentais diversos, justamente em face da interminável ponderação de interesses a que está associado – que sem o cimento da legislação ordinária – não encontra pontos de apoio sólidos para se desenvolver.²⁹⁰

Além disso, a recondução à cláusula de aplicabilidade imediata, por analogia, também, aos particulares não condiz com a própria estrutura do direito privado. Por fim, a incompatibilidade da teoria da eficácia imediata com o princípio da autonomia privada sedimenta a posição de adoção da vinculação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A autonomia privada, nesse sentido, configura-se como um valor central do Direito Privado, garantindo, aos particulares, a liberdade de escolha e a liberdade de autovinculação em um determinado contrato.

uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas encontrar fundamento no conjunto da tradição histórica, não significa que, com o passar dos tempos, onde se verifica a afirmação plena da jurisdição constitucional e da garantia dos direitos fundamentais, que ajustes nas doutrinas dos direitos fundamentais não se façam necessários. Dentre esses ajustes está a compreensão de que os direitos fundamentais não vinculam diretamente os particulares de maneira geral. Isso não significa que os direitos fundamentais não desenvolvam efeitos no ordenamento jurídico-privado; significa, apenas, que esses efeitos ocorreram de forma distinta a uma vinculação direta, o que passa a ser objeto de análise desse trabalho. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

²⁸⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

²⁹⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

Entender a autonomia privada, entretanto, como liberdade dos particulares, não significa afirmar que o Direito Privado não deva atender aos direitos e garantias fundamentais, na medida em que a própria autonomia possui seu limite no direito civil e nas cláusulas gerais que, por sua vez, necessitam estar em concordância com os valores constitucionais, uma vez que os direitos fundamentais vinculam, desde logo, o legislador ordinário.²⁹¹

Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contratantes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito.²⁹²

No mesmo sentido, Marques aponta para eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas sustentando que “tal eficácia é mediatizada (concretizada) por uma lei, que como o Código de Defesa de Consumo regula em detalhes a conduta das partes com base no valor constitucional da proteção dos consumidores (art. 5.º, XXXII, e art. 48 do ADCT da CF/88).”²⁹³

Martins, em posição convergente, afirma que a teoria da eficácia mediata atende, de maneira mais congruente, “às características próprias do direito privado, com espaço normativo também direcionado à proteção da pessoa humana, notadamente quanto ao relevante tema relacionado ao acesso à liberdade.”²⁹⁴

Para essa vertente teórica, se aplicados imediatamente os direitos fundamentais em todas as hipóteses de relações jurídicas entre comuns, o direito privado tornar-se-ia quase totalmente ineficaz, porque os sistemas de escolha e a autonomia privada restariam bastante enrijecidos, inclusive na advertência de que o simples ato de um particular constrangeria o direito fundamental, de outro, dando ensejo à chamada “panconstitucionalização” do sistema jurídico. [...]. Portanto, a ênfase na eficácia mediata valida a

²⁹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 188.

²⁹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 280.

²⁹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

²⁹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 242.

presença dos direitos fundamentais, inclusive adotando-os como critérios objetivos de legislação e interpretação jurídica, sem que a liberdade seja extirpada do meio social pela utilização de posicionamentos jurídicos absolutos.²⁹⁵

No mesmo sentido, Pieroth e Schlink apontam para eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, “os direitos fundamentais não se aplicam diretamente no direito privado, não resolvem diretamente os litígios de direito civil. Mas a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que eles “se aplicam a todos os âmbitos do direito, e consequentemente também influenciam o direito privado.”²⁹⁶

Assim, os direitos fundamentais operam suas diretrizes nas relações privadas através, principalmente, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados – mais suscetíveis de interpretação – que são os “pontos de penetração” dos direitos fundamentais no direito civil, na medida em que estes institutos tem de ser interpretados de acordo com o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais²⁹⁷

Conclui-se, assim, a tendência desse trabalho pela teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que esta se revela mais apropriada aos valores do sistema jurídico brasileiro, no sentido de que não limita a autonomia privada e – ao mesmo tempo – garante proteção aos indivíduos dessas relações surtindo os efeitos dos direitos fundamentais mediante a concretização de uma lei ordinária e das cláusulas gerais, quando estas não forem suficientes para garantir a proteção dos particulares.

Pieroth e Schlink apontam para eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, “a *importância* do efeito mediato para terceiros deve ser sobretudo vista no fato de esse efeito ajudar a preservar a liberdade e a igualdade, mesmo nas condições da moderna sociedade industrial altamente complexa.”²⁹⁸

É que a liberdade e a igualdade pressupõe, de acordo com o seu entendimento histórico (cf. n.m. 26 e s.), uma situação de *simetria real*, em que cada cidadão tem as mesmas oportunidades de prossecução e de realização dos seus interesses. Nos nossos dias, esta simetria real está, muitas vezes, eliminada ou ameaçada não só pelo poder do Estado, mas também pelo poder econômico e social privado, pelos consórcios e associações, pelas organizações de classe e de interesses. É certo que o

²⁹⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 242.

²⁹⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva: 2012. p. 107.

²⁹⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva: 2012. p. 108.

²⁹⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva: 2012. p. 108.

próprio poder está assegurado pelos direitos fundamentais (cf. as liberdades contratual e de propriedade) e que, de resto, o legislador democrático está legitimado para conformar também assimetricamente as relações sociais nos limites da Constituição, desde que por essa forma não crie privilégios ou deixe o cidadão desprotegido e indefeso. Deste modo, os interesses dos arrendatários e dos senhorios podem ser ponderados de maneira absolutamente diversa por parte do legislador. A isto está vinculada a jurisprudência. Mas, sempre que como no caso das cláusulas gerais, não estiver vinculada, os direitos fundamentais exigem a salvaguarda da igualdade de oportunidades por via do estabelecimento da simetria real; autodeterminação não pode ser convertida em determinação por terceiros. Ái desenvolve-se um efeito de proteção, e a dogmática do efeito para terceiros revela-se como manifesto da função de proteção.²⁹⁹

Assim, a vinculação do Direito Privado aos direitos fundamentais pode ser comprovado sob diversos aspectos: (a) o legislador ordinário, desde logo, está vinculado aos direitos fundamentais para a realização de normas infra-constitucionais, nesse sentido, a legislação privada está vinculada aos valores constitucionais; (b) as cláusulas gerais, nesse contexto, desempenham importante abertura para a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, garantindo que a igualdade de oportunidades esteja assegurada nessas relações e, por fim, (c) sempre que se comprovar a ineficiência da legislação ordinária, os direitos fundamentais, através da mediatização das cláusulas gerais, influenciarão a atividade dos particulares, impondo medidas de proteção frente aos terceiros.

Sustentar o direito fundamental de acesso ao crédito, nesse cenário, impõe estabelecer qual a vinculação das partes em um determinado contrato de consumo com os direitos fundamentais estabelecidos, ou seja, qual a eficácia desses direitos nas relações de consumo como, por exemplo, as de concessão de crédito.

O direito do consumidor afirma-se como uma disciplina *transversal* entre o direito público e privado. Ao contemplarem a figura do consumidor como titular de direitos fundamentais, que frequentemente ingressa em relações jurídicas com um déficit de poder de barganha, os contratos de consumo se revelam como ponto de análise ideal na busca de uma fundamentação em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, já que o recurso a esses direitos em relações privadas ganha sentido, sobretudo, quando há uma ameaça potencial ou efetiva à sua realização.³⁰⁰

Nesse contexto, a defesa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de consumo, fundamenta-se na vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor – na medida

²⁹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 108.

³⁰⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittewirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

em que tal vulnerabilidade aumenta a subjugação daquele em relação a este, justificando a aplicação dos direitos fundamentais nessas relações.

Entretanto, “a matéria encerra complexidades de todo o tipo. Isso porque comum a todas as relações privadas é o fato de as partes que nela ingressam serem, igualmente, titulares de direitos fundamentais, circunstância que suscita conflitos.”³⁰¹

A *drittewirkung* dos direitos fundamentais nas relações de consumo, assim, necessita ser aplicada com base em alguns pressupostos fáticos e jurídicos que serão analisados tendo com orientação a dignidade da pessoa humana e a vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo.

[...] a constatação de que os direitos fundamentais representam valores constitucionais depende de outra, de caráter suplementar, que é o reconhecimento de que esses direitos geram uma proteção multidirecional, sobretudo pelo fato de que concepções de valor mostram-se como algo indivisível. Nesse sentido, a constituição deixou de se limitar à determinação³⁰² dos limites de atuação dos poderes estatais perante a liberdade individual.

Nesse aspecto, a concepção dos direitos fundamentais enquanto princípios constitucionais reforça a ideia de irradiação dos valores desses princípios em todas as relações, inclusive as privadas.

Disso resulta a possibilidade de *drittewirkung* dos direitos fundamentais sobre dois aspectos: o primeiro reflete a própria incidência e convergência das normas de direito privado perante os valores constitucionais fundamentais; o segundo, mediante a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, nas situações que exigirem um imperativo de tutela, dado a inexistência de regramento específico para matéria, através das cláusulas gerais e dos conceitos abstratos.

Nos caso específico dos contratos de consumo, além da vulnerabilidade presumida dos consumidores, que já aponta uma situação de desigualdade perante as partes dessa relação, a incidência dos direitos fundamentais decorre da cláusula geral de boa-fé, da função social do contrato e da proteção do consumidor como valor constitucional.

³⁰¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

³⁰² DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittewirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

Soma-se a isso, as alterações substanciais trazidas pela pós-modernidade, principalmente na medida em que compreendeu uma etapa da radicalização do consumo e, como consequência, do aumento de novas situações que necessitam de tutela jurídica, como a proteção dos superendividados.

De fato, o advento de uma sociedade de massas gerou uma espécie de perda da realidade social por parte da ordem-jurídica privada, que se mostrou incapaz de regular toda a sorte de conflitos, assim como manter a proteção eficaz da pessoa em todos os aspectos. A reconquista do valor da pessoa, como centro do ordenamento jurídico, se deu, dentre outros aspectos, pelo constitucionalismo de valores recente, que colocou a pessoa – e a preservação da sua dignidade – como valor supremo (*höchsten Werte*) do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais, enquanto instrumento voltado a proteger a pessoa, possuem um significado destacado na adaptação da ordem jurídico-privada às pretensões da sociedade atual. A evolução da realidade do Estado constitucional democrático mostrou que os seus cidadãos necessitam, em amplos âmbitos de sua vida, apoiar-se em funções complementares dos direitos fundamentais, que extrapolam a pura dimensão de defesa desses direitos. Para tanto, funções adicionais foram descobertas e desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência. O motor desse desenvolvimento é a ideia de que zelar pela tradição dos direitos fundamentais por meio de seu desenvolvimento posterior é uma tarefa permanente.³⁰³

Assim, a proteção da dignidade humana transcende a esfera da autonomia privada, irradiando seus efeitos, inclusive, nos contratos de consumo, na medida em que se impõe uma tutela especial aos consumidores inseridos nessas relações de desigualdade material e ampla vulnerabilidade.

Na sociedade consumista o vulnerável adere a diversos tipos de contratações bancárias em busca de crédito pessoal comprometendo o mínimo existencial e a qualidade de vida digna. Dentre as causas de referida situação financeira humanamente deficitária se verifica o abuso do agente financeiro na omissão de cumprir com a carga principiológica quanto ao *direito fundamental ao crédito responsável ou sustentável*.³⁰⁴

O direito fundamental de acesso ao crédito, nesse contexto, visa à promoção do indivíduo na sociedade de consumo, permitindo o acesso a bens necessários para a

³⁰³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittewirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

³⁰⁴ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível).** Revista de Direito do Consumidor, n. 98, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015. p. 105-134.

manutenção da vida, impondo condutas ao Estado e aos particulares para evitar situações de mitigação da dignidade dos consumidores, ocasionada pelas práticas de incentivo ao crédito e ao superendividamento.

Solidifica-se, assim, o direito fundamental de acesso ao crédito como premissa básica dos consumidores na sociedade de consumo, consubstanciada pela proteção máxima do indivíduo e de sua dignidade, garantida através da concretização de deveres específicos ao Estado e aos particulares, cuja função é permitir que o crédito, para além de representar o empoderamento da vida, seja garantia contra os abusos do mercado e o superendividamento do consumidor.

Assim, a justificativa da elevação do acesso ao crédito como direito fundamental dos consumidores pode ser sintetizada nos seguintes argumentos:

(a) Como garantia de acesso aos bens jurídicos primários, vislumbrando o direito como instrumento de facilitação do indivíduo face aos seus direitos e garantias fundamentais, na medida em que o acesso a tais direitos é ampliado de acordo com a capacidade econômica desses sujeitos;

(b) Como resultado de argumentação jurídica sustentada pelo superendividamento do consumidor e pelas práticas agressivas de concessão irrestrita de crédito (problemas sociais) que importam na necessidade de estipulação de medidas legislativas para garantir a tutela desses novos contornos culturais, nesse sentido, a argumentação leva a imposição de uma nova configuração ao direito referencial, elevando-o ao patamar de norma fundamental;

(c) Como direito fundamental atribuído, na medida em que o direito de acesso ao crédito fundamenta-se através de estreita ligação com outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados;

(d) Como imperativo de tutela do Estado, uma vez que as relações privadas de consumo se estabelecem em desigualdade material ampliada pelas políticas econômicas empregadas, agravando a vulnerabilidade dos consumidores;

(e) Por fim, como decorrência da própria proteção do consumidor assegurada pela Constituição e pela necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado Democrático de Direito.

4.2 O dever fundamental do fornecedor de crédito

A sociedade de consumidores, consubstanciada pelo consumismo em larga escala, impõe a atividade positiva do Estado para garantir a regulamentação de novas tutelas protetivas aos indivíduos face à nova conjuntura econômica que se estabelece.

Dentre essas novas demandas de regulação social, o acesso ao crédito como direito fundamental impõe-se para garantir que os indivíduos excluídos do mercado de consumo e, como consequência, da vida em sociedade - uma vez que as relações sociais se estabelecem diante da posse de bens e serviços – estejam protegidos dos efeitos da exclusão social e da mitigação de sua dignidade.

Justifica-se essa elevação do acesso ao crédito para o *status* de norma fundamental do ordenamento jurídica na medida em que a proteção do consumidor no mercado de consumo se revela ainda mais imperativa, dado as novas práticas de concessão ampla de crédito que aumentam a vulnerabilidade e levam ao superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

Além disso, “na ótica constitucional o direito do consumidor como direito fundamental (re)inscreve a pessoa no mercado cuidando de (re)equilibrar as situações jurídicas entre os agentes transformadores *do* mercado como agentes exaurientes *no* mercado.”³⁰⁵

Dai expressá-lo como direito fundamental de terceira dimensão (solidariedade), posto que caracterizado por dados econômicos, coletivos e sociais, obrigando a intervenção estatal contra a indevida atuação de terceiros, o que lhe garante *status* de direito à proteção, ou seja, direito que se contrapõe aos clássicos direitos de defesa, pois não é carente de abstenção, ao contrário, define-se pela necessidade de agir emancipatório.

Nesse prumo, vale a observação pertinente de que os direitos fundamentais não representam propriamente exasperação da maioria, senão o invólucro mantenedor da minoria: fragmento social tendente a ser excluído, apagado e diluído e que subverte a metodologia sobrevinda por séculos quanto à elaboração da norma jurídica (*one man, one vote*); se fazem direitos em extrema fundamentabilidade e prevalência a fim de que seus titulares não sucumbam e pereçam: eis o paradoxo da positivação.³⁰⁶

³⁰⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 217.

³⁰⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 218.

Assim, o direito fundamental de acesso ao crédito retrata a tutela do consumidor excluído, visando o empoderamento desses sujeitos frente às forças estruturais do mercado, através da imposição de condutas e valores que necessitam ser garantidos.

A proteção do indivíduo em face das novas políticas do mercado se justifica na necessidade de se estabelecer novos contornos éticos às atividades econômicas, uma vez que a pós-modernidade ocasionou a mitigação dos valores morais em detrimento do individualismo e da instigação de uma sociedade individualizada e pautada no consumismo hedonista, nesse cenário, o dever para com o outro resurge como valor a ser lembrado, a fim de se garantir a tutela desses sujeitos vulneráveis.

É conhecido o pensamento filosófico que acusa o *crepúsculo do dever* na sociedade em decorrência do “coletivismo de egoísmos” e que descreve um novo individualismo que só reclama por direitos. O dever nestas circunstâncias teria assento debilitado, sendo evitado pelos partícipes da sociedade. Contudo, mesmo que crível este olhar do observador externo, é pelas mãos da filosofia, em especial da ética, que o dever *retorna*.³⁰⁷

O direito fundamental de acesso ao crédito, portanto, impõe-se sobre duas finalidades distintas: como direito de acesso e como direito à manutenção de acesso, cada uma das prerrogativas tutelando situações jurídicas específicas.

O direito fundamental, compreendido como *direito de acesso*, tem como finalidade garantir que os indivíduos excluídos do mercado de consumo possuam condições de se estabelecerem como sujeitos economicamente ativos, dado que o reconhecimento e aceitação desse indivíduo, na sociedade de consumidores, está diretamente relacionada à sua aptidão para o consumo de bens e serviços. Além disso, o próprio acesso aos direitos e às garantias fundamentais se facilita de acordo com a capacidade econômica desses indivíduos.

O direito fundamental, na acepção de *direito de manutenção do acesso*, revela-se necessário nas situações em que a vulnerabilidade dos consumidores esteja agravada por algum fator objetivo, caso dos idosos, ou momentâneo, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, uma vez que nestas situações a necessidade de se assegurar o mínimo de consumo para a manutenção da vida revela-se ainda mais imperativo para a recuperação econômica desses sujeitos.

³⁰⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 219.

O estabelecimento do acesso ao crédito como direito fundamental dos consumidores, nesse cenário, impõe algumas condutas objetivas aos fornecedores, dado que as relações de consumo se estabelecem diante de uma desigualdade material, revelada pela vulnerabilidade – econômica, técnica, jurídica e informacional – do consumidor.

[...] a vida na sociedade pós-moderna – caracterizada pelo acendrado culto às regras de mercado global e pela *desproporcional* atuação efetiva dos poderes públicos – exige compromissos de convergência, coexistência e convivência entre as pessoas, revelando pautas de perspectivas axiológicas. Essa sociedade deve superar a visão oportunista do *homo ludens* que excelentemente se adequada à figura do *homem-sujeito* (virtual e antropológico) para afinar-se ao *homem-pessoa* (real e responsável): indivíduo de direitos e de deveres.³⁰⁸

Ao estabelecer o direito fundamental de acesso ao crédito, a necessidade de se estruturar garantias para que esse direito seja efetivado e assegure a proteção dos consumidores estabelece-se como prioridade das atividades positivas do Estado, atendendo ao seu caráter democrático e garantista.

Na medida em que se estabelece um direito fundamental no ordenamento jurídico, a normatividade desse direito, por si só, não garante a sua efetividade no plano material, assim, medidas de garantia devem ser estipuladas para que a distância entre o direito fundamental e a prática dos valores desse direito pelos indivíduos seja concebida em sua máxima eficiência.³⁰⁹

³⁰⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 220.

³⁰⁹ Tradução livre: “As garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversidade estrutural dos direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação foram previstas: as *garantias liberais*, ao estarem dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as *garantias sociais*, orientadas para assegurar a tutela dos direitos sociais consistem, em contrapartida, em técnicas de coerção ou de sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que a satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos e negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos.” No original: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para possibilitar la máxima eficácia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a assegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten essencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a assegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de

Nesse contexto, o Estado deve promover medidas assecuratórias para dar efetividade e garantia ao direito fundamental do consumidor de acesso ao crédito, impondo limitações e sanções aos fornecedores de crédito, visando à proteção desses indivíduos nas relações de consumo.

A criação de um direito subjetivo para um indivíduo faz surgir o estabelecimento de um dever para outro (terceiro), assim, conceber o direito fundamental de acesso ao crédito só justifica-se mediante a imposição de deveres para os fornecedores de crédito.

Esta situação, designada como “direito” ou “pretensão” de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão do indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo.³¹⁰

Nesse sentido, estabelecer o dever fundamental dos fornecedores de crédito, impondo condutas objetivas nas atividades econômico-financeiras de concessão revela-se necessário para garantir o direito fundamental dos consumidores de acesso ao crédito.

O “direito fundamental de acesso ao crédito”, enquanto direito subjetivo garantido aos consumidores, importa em um “dever jurídico para os fornecedores de crédito”, na medida em que se estipula uma relação entre o direito subjetivo assegurado a um indivíduo e o dever jurídico que dele decorre.

Kelsen opera não uma, mas bem duas identificações ou reduções do direito subjetivo a imperativos a ele correspondentes. A primeira é aquela do direito subjetivo ao dever, em princípio, do sujeito na relação jurídica com o seu titular, ou seja, aquela que chamei garantia primária: “não existe nenhum direito para qualquer um”, ele afirma, “sem um dever jurídico para qualquer outro.” [...]. A segunda é aquela do direito subjetivo ao dever, que, onde ocorra a violação, incumbe a um juiz aplicar a sanção, aquela que chamei de garantia secundária: “o direito subjetivo” consiste “não já no interesse presumido, mas na proteção jurídica” [...].³¹¹

las medidas obligatorias que las satisfacen. Em todos los casos, el garantismo de um sistema jurídico es uma cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficácia a tales vínculos.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 25.

³¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 142.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011. p. 37.

O dever imposto aos fornecedores, nesse viés, é a própria garantia primária do direito fundamental estipulado – o direito de acesso ao crédito. Contudo, Ferrajoli aponta, ainda, a necessidade de outra garantia, secundária, materializada pela presença de mecanismos de proteção jurídica contra a violação ou não cumprimento dos valores previstos neste dever fundamental estabelecido.

No caso do superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, o direito fundamental de acesso ao crédito importa na inclusão e manutenção dos indivíduos no mercado de consumo, preservando as capacidades desses consumidores frente às assimetrias do mercado.

O dever fundamental dos fornecedores de crédito, enquanto garantia àquele direito, imprimiria comportamentos objetivos nas condutas desses agentes, garantindo uma contratação responsável e de riscos mitigados.

Por fim, a garantia secundária proposta por Ferrajoli para o direito fundamental de acesso ao crédito seria a própria positivação do Projeto de Lei 283 de 2012, que visa alterar o Código de Defesa do Consumidor, no que tange os assuntos de tomada e oferta de crédito, além do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. Assim, resulta:

Proteção do consumidor → direito fundamental de acesso ao crédito

Garantia primária de proteção → dever fundamental do fornecedor de crédito

Garantia secundária de proteção → Projeto de Lei 283/2012

O dever fundamental dos fornecedores justifica-se, assim, na necessidade de se assegurar garantias protetivas aos consumidores, impondo condutas objetivas no momento de celebração dos contratos de consumo de crédito, estendendo-se para além do período negocial, uma vez que a tutela dos fornecedores não se exaure no momento de formalização da vontade das partes.

Os deveres fundamentais – como já referido – guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção

expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.³¹²

Incorre-se, nesse aspecto, que a incidência de um direito fundamental, como o de acesso ao crédito, impõe a necessidade de existência de um dever fundamental por parte dos fornecedores, na medida em que as especificidades do superendividamento do consumidor impõem tutelas imperativas para essas situações.

O conceito de dever fundamental, de acordo com Nabais, é definido como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos.”³¹³

Nesse sentido, “os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum.”³¹⁴

Assim, “o traço do bem comum com os deveres fundamentais, nota-se sem maiores esforços, é compreensível, na medida em que preservando-se os valores e equipamentos sociais haja a possibilidade de acudir os interesses da pessoa.”³¹⁵

Ainda que os deveres fundamentais sejam tratados com categoria autônoma e, portanto, independentes dos direitos fundamentais, determinadas situações imprimem um caráter de nítida vinculação entre estes institutos jurídicos, como o caso da tutela dos consumidores superendividados.

Com efeito, a generalidade da doutrina insiste na inserção ou integração dos deveres fundamentais na (sub)constituição do indivíduo e na sua consequente ordenação face ao valor da dignidade da pessoa humana, apelando-se para a íntima ligação dos deveres aos direitos fundamentais. Ligação essa assente, seja na ideia de que a posição ou o estatuto constitucional do indivíduo é determinado, em abstracto e na sua

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010. p. 226.

³¹³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 64.

³¹⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 64.

³¹⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 222.

globalidade, tanto pelos direitos (pela figura dos direitos) como pelos deveres (pela figura dos deveres) fundamentais, seja na consideração de que no estado democrático os direitos e deveres se apresentam em larga medida como categorias inseparáveis, inseparáveis em termos da célebre fórmula de que “não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos” com o sentido, quanto ao primeiro vector, de que não há garantia jurídica e real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres do homem e do cidadão e, quanto ao segundo vector, de impedir um regime estritamente unilateral de deveres, ou seja, um regime sem reflexo nos direitos, designadamente no direito paradigma dos cidadãos [...].³¹⁶

Isto porque não se pode conceber um acesso e manutenção ao crédito, sem que se imprimam condutas e deveres objetivos por parte dos fornecedores visando evitar situações de endividamento excessivo e, como consequência, de ruína econômica dessas pessoas físicas.

Nesse sentido, Martins aponta que “mesmo não havendo exclusivamente relação reflexiva entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, consoante já se viu, na relação pessoa-sociedade a existência de direitos somente se legitima a partir da distribuição de deveres [...].”³¹⁷

Uma primeira distinção entre os diversos tipos de deveres costuma ser traçada levando em conta a existência de *deveres conexos ou correlatos* (aos direitos) e *deveres autônomos*, cuja diferença reside justamente no fato de que os últimos não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo, ao passo que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente.³¹⁸

Nesse contexto, ainda que os deveres constitucionais sejam categorias autônomas com relação aos direitos fundamentais, não se pode negar que, a depender do caso concreto, os deveres apresentam-se como nítida vinculação a um direito fundamental.

Isso ocorre porque “os deveres fundamentais proíbem uma consideração isolada dos direitos fundamentais, servindo de pressuposto para a proteção de bens jurídicos relevantes, como a vida, liberdade e propriedade.”³¹⁹

³¹⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 59.

³¹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 220.

³¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010. p. 228.

³¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 104.

O dever fundamental do fornecedor de crédito, enquanto dever conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso ao crédito do consumidor, decorre da conformação dos valores desse direito na proteção dos indivíduos para as atividades de mercado.

A existência de deveres conexos a direitos (deveres-direitos e direitos deveres, a depender da ênfase), como bem lembra Gomes Canotilho, não afasta a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições.³²⁰

Portanto, os deveres fundamentais importam em atividades proativas dos indivíduos no sentido de realização de um bem comum. Na perspectiva do presente trabalho, garantir que os consumidores estejam protegidos da tomada de crédito, implica impor deveres de proteção por parte dos fornecedores, justamente para tutelar os consumidores de situações como o superendividamento.

O dever fundamental dos consumidores justifica-se, portanto, na medida em que o superendividamento pode levar a perda da capacidade econômica dos indivíduos, ocasionada pela privação relativa da renda desses sujeitos. Essa privação relativa de renda, no cenário de hipervulnerabilidade ocasionada em virtude do superendividamento, pode acarretar a privação das liberdades, uma vez que mitiga a própria dignidade desses indivíduos.

Além disso, o estabelecimento de deveres fundamentais para a proteção dos consumidores justifica-se, ainda, pela conjuntura econômica que se estabeleceu na sociedade de consumo, na medida em que as práticas agressivas do mercado em face dos indivíduos pressupõe o aparelhamento de garantias contra o individualismo e as desigualdades estruturais do mercado.

Como um outro limite à instituição constitucional de deveres fundamentais no actual estado social aponta-se a necessidade, perante a qual está colocado o legislador constituinte, de se moderar o excessivo individualismo e o carácter demasiado liberal tradicionalmente imputado à ideia de estado de direito, acentuando-se assim os elementos sociais e os deveres fundamentais, mormente os de caráter económico, social e cultural. Por fim, menciona-se que os deveres fundamentais, para além de constituírem o pressuposto geral da existência e funcionamento do estado e do consequente reconhecimento e

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010. p. 229.

garantia dos direitos fundamentais no seu conjunto, se apresentam, singularmente considerados, como específicos pressupostos da proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos.³²¹

Assim, resta a premissa de se estabelecer o dever fundamental do fornecedor, imprimindo condutas objetivas para a proteção dos consumidores que pretendam contratar determinada modalidade de crédito, dado o risco de tal operação.

O dever fundamental do fornecedor impõe a responsabilização pré e pós-contratual na realização dos interesses do consumidor, visando garantir que este exerça suas liberdades para além da execução do contrato.

Consoante a noção de relação obrigacional complexa é possível afirmar que a boa-fé origina deveres anexos de conduta, que terão uma relevante função na determinação das responsabilidades pré e pós-contratuais. Isto porque os deveres anexos não estão restritos ao período de execução do contrato, incidindo também durante fase das tratativas e, em alguns casos, em momento posterior ao adimplemento da obrigação principal.³²²

No que toca o papel do Estado, a elevação dos deveres dos fornecedores de crédito a um patamar constitucional se dá pela necessita, consubstanciada pelo Estado Democrático de Direito no seu viés garantista, de colocar em prática os deveres estatais de tutela.³²³

Nesse sentido, estabelecem-se as prerrogativas de atividades positivas do Estado, impondo condutas protetivas contra possíveis violações de direito. Assim, o direito fundamental de acesso ao crédito, impõe que o Estado realize condutas de tutela como, por

³²¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 59.

³²² FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 220.

³²³ “Parte da doutrina e jurisprudência identifica os denominados deveres estatais de tutela (*staatliche Schutzpflichten*). O termo indica o dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão provenientes, principalmente, de particulares. Em outras palavras, considera-se que o particular também possa de fato e, em regra, mediante o exercício de outro direito fundamental seu, agredir o direito fundamental objetivo do dever estatal de tutela em uma situação que envolva irreparabilidade da possível lesão, incontrolabilidade de processos ameaçadores a direitos fundamentais sensíveis ou conflitos caracterizados por clara e acentuada assimetria de forças, chances e condições entre agentes particulares envolvidos em conflito. Por isso, encontram-se, sob o gênero dos deveres estatais de tutela, as categorias do dever de mera *prevenção de riscos*, do dever de fomentar a *segurança* e, até mesmo, do dever de *proibição* das condutas a ser imposto pelo Estado.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61.

exemplo, a imposição de deveres aos fornecedores e a previsão de medidas específicas de tutela legislativa, como a aprovação do PL 283/2012.³²⁴

Justifica-se esse dever de proteção do Estado na medida em que nas relações de consumo o equilíbrio entre as partes é prejudicado pela vulnerabilidade do consumidor, isso implica a necessidade de medidas próprias de prevenção e tratamento das situações de risco em que os indivíduos estão inseridos.

No instante em que está em jogo um mandamento dirigido ao legislador, no sentido do estabelecimento de disposições protetivas ao livre exercício de um direito fundamental, perante possíveis restrições de natureza contratual, especialmente quando não se verifica um equilíbrio aproximado de forças entre as partes, há que se presumir que tal mandamento encaixa-se nas situações contratuais de caráter privado. É o caso típico das relações de consumo. É exatamente nesse quadro que se verificam os contornos principais da teoria dos deveres de proteção do Estado, bem como a sua relação com a problemática da *Drittwirkung*. No momento em que a constituição prevê a dignidade humana como fundamento do Estado ou prega um mandamento de intangibilidade do seu conteúdo, fica claro que cabe ao Estado respeitá-la e protegê-la. A doutrina dos deveres de proteção não é, portanto, estranha à constituição. Sendo os direitos fundamentais emanações em maior ou menor grau do princípio da dignidade, surge para o Estado um dever de proteção geral e abrangente desses direitos, que pode ser compreendido, até mesmo, sobre a perspectiva da unidade do ordenamento jurídico, ao se levar em conta que a pessoa é o valor supremo do ordenamento.³²⁵

O direito fundamental de acesso ao crédito, em evidência, necessita de tutelas específicas por parte do Estado, na medida em que o simples acesso, sem a devida regulamentação, impõe-se como ampliador de riscos financeiros, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

A maior parte dos negócios próprios do consumo corrente, mas não apenas estes, sofreram a necessidade da normalização e adoptam progressivamente formas estandardizadas que fazem recuar a autonomia do consumidor final para as fronteiras da pura possibilidade de aceitar ou recusar a celebração nesses termos. Na medida em que a referida rigidificação dos esquemas contratuais opere através de cláusulas contratuais geais, ela é sujeita pelo

³²⁴ “Inicialmente, cabe distinguir a figura dos deveres fundamentais dos chamados deveres de proteção do Estado, que possuem estreitíssima conexão com a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Enquanto os deveres de proteção do Estado têm como destinatário específico o Estado, sendo dirigidos exclusivamente aos órgãos estatais, os deveres fundamentais dirigem-se aos cidadãos, impondo-lhes obrigações diferenciadas.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.

³²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 318.

legislador a um aperto controlo, ora pra salvaguardar o consenso como fundamento efectivo de uma vinculação contratual, ora para assegurar um mínimo de justiça ao conteúdo do contrato em causa.³²⁶

Nesse viés, é necessário que os contratos de consumo de crédito sejam acrescidos de limites à autonomia privada, visando à proteção dos consumidores, através de deveres estipulados aos fornecedores, na medida em que “a doutrina dos deveres de proteção acaba realmente por corresponder a uma *necessidade funcional do tráfego negocial*, potenciando padrões acrescidos de segurança e zonas desoneradas de risco nesse sector.”³²⁷

De acordo com Dimoulis e Martins, deveres fundamentais são “*deveres de ação ou omissão, proclamados pela Constituição (fundamentalidade formal), cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação.*”³²⁸

Assim, o dever fundamental dos fornecedores decorre da derivação argumentativa do direito fundamental dos consumidores de acesso ao crédito e impõe condutas ao Estado no sentido de positivação de medidas legislativas específicas, na medida em que “a titularidade e os sujeitos passivos são difusos e o conteúdo do dever (conduta exigida), só pode resultar de concretização infraconstitucional.”³²⁹

Nesse sentido, a imposição de deveres fundamentais aos particulares não é realizada de maneira direta, uma vez que os deveres citados não incidem diretamente nas relações privadas, dependendo de norma infraconstitucional que fundamente tal interferência.

Certamente, o legislador ordinário protege os direitos fundamentais de agressões provenientes de particulares, como veremos em seguida a nos referir aos deveres estatais de tutela. Mas o próprio texto constitucional não impõe diretamente deveres que correspondem a direitos fundamentais de quaisquer pessoas. Por essa razão considerados que há relação de *assimetria entre direitos e deveres fundamentais* dos particulares.³³⁰

Assim, a eficácia desse dever frente aos fornecedores de crédito nas relações de consumo entre particulares, depende da previsão legal dispondo dos contornos que deverão ser respeitados por tais indivíduos, situação que impõe ao Estado medidas de *lege ferenda*

³²⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 20.

³²⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 278.

³²⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

³²⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

³³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

específicas, “isso significa que não se pode falar em uma eficácia direta de deveres fundamentais, já que somente o Estado pode fazer valer juridicamente um dever fundamental, em face de determinado titular.”³³¹

Nesse viés, a vinculação dos deveres fundamentais na relação privada corrobora a fundamentação da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, na medida em que não incide diretamente, dependendo de medida legislativa realizada por intermédio do Estado.

O quadro ora apresentado sugere, portanto, que o reconhecimento em torno da existência de deveres fundamentais contribui para a fundamentação de uma eficácia horizontal, no máximo indireta, dos direitos fundamentais. Isso porque os deveres fundamentais podem gerar repercussões no direito privado, desde que sob mediação legislativa competente. Hipótese contrária leveria a um abalo considerável na autonomia privada, por meio da supressão de liberdades garantidas pela constituição, à luz da imposição de deveres recíprocos, dificilmente compatíveis entre si.³³²

Posto isso, a vinculação dos fornecedores de crédito ao direito fundamental de acesso deverá ocorrer por intermédio de legislação específica acerca das diretrizes a serem impostas aos fornecedores.

No mesmo sentido, Nabais aponta que “os deveres não têm o seu conteúdo concretizado na constituição, sendo pois deveres de concretização legal. Mesmo quando tal concretização se faz ao nível constitucional, sempre fica para o legislador o estabelecimento da sua sancionaçāo [...].”³³³

Assim, os deveres de tutela do Estado diante da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e dos efeitos decorrentes do imperativo de tutela, importam em criação legislativa dos deveres que assegurem a proteção dos consumidores.

Não há dúvidas de que o fundamento dos deveres fundamentais é altamente pertinente ao direito do consumidor. Sendo o fundamento da deverosidade a pessoa, vislumbra-se com facilidade tal incidência no Código de Defesa do Consumidor, isto porque o conceito de relação de consumo inicia-se pela

³³¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

³³² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

³³³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 676.

pessoa física, não profissional, não especialista, caracterizada pela vulnerabilidade e destinatária do produto e serviço como exauriente.³³⁴

Posto isso, a imposição de deveres fundamentais aos fornecedores na concessão de crédito sedimenta-se na própria desigualdade material que se verifica nas relações de consumo e reflete, dessa maneira, a necessidade de imposição de condutas à parte menos vulnerável da relação.

O Código de Defesa do Consumidor consubstancia uma quantidade significativa de deveres que vinculam a atividade dos fornecedores, entretanto, a fundamentabilidade do dever dos fornecedores repousa nos aspectos prestacionais de fidúcia, na medida em que imprimem deveres de informação, cuidado, lealdade e cooperação, transmitindo os valores dos direitos fundamentais dos consumidores aos atos dos fornecedores.³³⁵

O estabelecimento de um dever fundamental aos fornecedores decorre, além da derivação do direito fundamental de acesso ao consumo, da “ampla cumplicidade que o Estado e o mercado devem manter para evitar o *rebaixamento* da qualidade de vida daquele que, mesmo sendo parceiro contratual, atua tão somente no campo das necessidades e não da lucratividade.”³³⁶

A elevação dos deveres do fornecedor ao patamar de norma fundamental decorre da simetria e intrínseca relação das atividades desses sujeitos com a efetividade do acesso ao crédito enquanto direito fundamental assegurado aos consumidores, isto porque, “a análise

³³⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 226.

³³⁵ Diversos são os deveres dos fornecedores previstos no CDC, tais como: “i) dever de controle prévio da qualidade dos produtos e serviços; ii) dever de respeito aos direitos básicos do consumidor; iii) dever de abster-se da inserção no mercado de produto ou serviço que sabe (ou deveria saber) que apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade indevidas; iv) dever de informação quanto aos produtos perigosos ou nocivos; v) dever de manutenção da confiança gerada; vi) dever de estocagem de peças e acessórios de produtos importados; vii) dever de inscrição dos seus dados agregados ao produto ou ao serviço; viii) dever de abster-se do exercício de práticas abusivas; ix) dever de realizar orçamento prévio nas prestações de serviços; x) dever de respeitar os índices oficiais de preço do produto ou serviço, quando assim determinado por lei; xi) dever de explicar o contrato ao consumidor; xii) dever de garantia do produto ou serviço; xiii) dever de correção da publicidade.” MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 228.

³³⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 228.

conjunta do anverso (direitos) e verso (deveres) como fórmula dialógica, desnuda o *transverso*: coerência, unidade e inspiração do ordenamento na tutela dos vulneráveis.”³³⁷

4.3 Princípio do crédito responsável: rumo a uma nova regulação das operações de crédito

As transformações ocorridas na sociedade de consumo solidificaram padrões de comportamento social que instigaram a utilização radicalizada de instrumentos financeiros pelos indivíduos.

De acordo com Macedo Junior, “o consumo de massa torna-se, em grande medida, um elemento de fomento à desorientação e perda da auto-confiança e da atividade, gerando passividade, dependência.”³³⁸

Nesse contexto, o crédito pode ser compreendido como a via de acesso dos sujeitos consumidores aos novos padrões de consumo que se materializaram na aquisição do efêmero, do estético e de tudo aquilo que possa ser consumido e, imediatamente, descartado.

Assim, ironicamente, a política do consumo se justifica na lógica do desapego, uma vez que necessita do descarte imediato para apresentar novos padrões, novas tecnologias e solidificar a ideia de que o adquirido já está ultrapassado, imprimindo novas necessidades e demandas nos indivíduos.

Os consumidores, inseridos nessa etapa de radicalização do consumo, estão na corrida contra a obsolescência, uma vez que são reconhecidos apenas enquanto se mantém ávidos na esteira do consumo.

A estética entrou, assim, na era do hiperconsumo de massa. Não é o esnobismo formalista e ceremonial, que Kojève analisava, que se delineia no horizonte, mas o emocionalismo consumista, a adição às mudanças que proporcionem sensações e experiências renovadas: um modelo de vida transestética centrada nos prazeres dos sentidos, nas fruições da beleza, na animação perpétua de si. Assim, o mesmo capitalismo que caminha no sentido de racionalização das atividades desenvolvendo técnicas tecnocientíficas e uma lógica contábil é também aquele que trouxe consigo um processo de artealização generalizada, uma espécie de excrescência estética que se manifesta com um fato social total, e tal ponto implica os

³³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014. p. 228.

³³⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 284.

lazeres e a comunicação, os interesses econômicos e nacionais, a relação com os objetos, com o habitat, consigo mesmo e com o corpo. Não é um paradoxo menor o de que o mesmo sistema econômico que repousa no cálculo racional dos custos e dos benefícios também é aquele que desenvolve o sentido e a experiência das grandes massas, mesmo que de um novo gênero.³³⁹

A compreensão do *status* e da importância que o crédito representa nesse cenário é a primeira etapa para a construção de uma nova regulação de tutela dos consumidores de crédito, no sentido de se impor mecanismos de responsabilização e controle para a utilização desse inegável instrumento econômico-social, através do princípio do crédito responsável.

O reconhecimento de que a sociedade de consumidores estabeleceu novos padrões de consumo e aumentou substancialmente as relações entre fornecedores e consumidores justifica-se na medida em que a padronização dos contratos, aliada a quantidade significativa de novas contratações, impõem o estabelecimento de uma política de responsabilização pelo consumo que pode ser concretizada pelo princípio do crédito responsável.

Desse reconhecimento, resulta a necessidade de se imprimir contornos de responsabilidade nas relações de consumo que envolva o crédito, na medida em que se verifica uma concentração de poder econômico por parte dos fornecedores de capital, desnivelando os poderes entre as partes nas relações de consumo.

Do ponto de vista institucional, a situação de nosso tempo caracteriza-se não só (como é natural) nos países de economia coletivista, mas também nos países capitalistas – por um processo inverso ao qual designamos como desmopolização do poder econômico e ideológico, ou seja, por um processo que se orienta tanto para a remonopolização do poder econômico, através da progressiva concentração das empresas e dos bancos, quanto para a remonopolização do poder ideológico [...].³⁴⁰

Nesse sentido, Harvey aponta que “a circulação de dinheiro como capital que rende juros pressagia a formação de uma classe de capitalistas monetários que controlam o poder social do dinheiro e são sustentados pelo pagamento de juros.”³⁴¹

Assim, conceber uma proteção aos consumidores, vulneráveis em virtude do poder econômico e social desses fornecedores, revela-se necessária para o estabelecimento de uma relação de consumo com contornos éticos e de responsabilidade que permitam a tutela dos indivíduos nessas relações de nítida desigualdade material.

³³⁹ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista.** São Paulo: Companhia das letras, 2015. p. 63.

³⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 138.

³⁴¹ HARVEY, David. **Os limites do capital.** São Paulo: Boitempo, 2013. p. 346.

O crédito, para além de potencializar o consumo de bens, permitiu que uma nova categoria de serviços fosse materializada na sociedade: os contratos de empréstimos, em suas diversas modalidades. Tais contratos envolvem um número significativo de riscos aos consumidores e, por isso, exigem a imposição de medidas de tutela, na medida em que se prolongam no tempo, potencializando as situações de risco, como o superendividamento do consumidor.

Os contratos de crédito ao consumo, nesse contexto, impõem medidas de proteção à parte mais vulnerável da relação contratual, necessitando de iniciativas do poder público para garantir que a desigualdade econômica que se verifica entre fornecedores e consumidores não seja utilizada em prejuízo destes em relação àqueles.³⁴²

Portanto, os desniveis estruturais do mercado – principalmente no que toca as operações de consumo quem envolvem a tomada de crédito – impõem a necessidade de tutela estatal dos consumidores, visando assegurar limites a tais atividades, justamente para evitar riscos como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

A construção do princípio do crédito responsável visa, dessa maneira, estabelecer novos contornos as operações econômicas que envolvam a tomada de crédito, impondo uma regulação que seja suficiente para tutelar essas novas demandas surgidas em virtude dos fatores sociais, políticos e econômicos analisados.

A busca por um sistema de defesa do consumidor que esteja apto a tutelar as novas demandas necessita da construção e do estabelecimento de princípios adequados às particularidades de uma sociedade cada vez mais complexa e desigual, uma vez que “os princípios desempenham um papel de extremo relevo na construção da unidade sistêmica,

³⁴² “El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión. Estas circunstancias que antes no interesaban al Derecho, sino a la sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público. Lo que se pretende con este orden público es proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual. Sus características son: Se constata que hay una “falta estructural en el mercado, y se ayuda a corregirla. Lo que interesa son las situaciones de poder, y no la existencia de formularios prerrredactados. En este caso no se toma en cuenta a um contratante, sino a una classe de ellos; la regulación se aplica a los trabajadores, los adquirentes y locadores de viviendas, los assegurados, los transportados, y en general, los consumidores. Se pretende assegurar uma igualdad de oportunidades para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económico-sociales. La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntual o transitoria; tende a durar aunque no sea inmutable. No es uma intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen em um pie de igualdad. Por ello es uma garantia processual y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores.** Buenos Aires: Rubinzel-Culzoni Editores, 2003. p. 27.

contribuindo exatamente para a harmonização e identificação dos elementos formadores do sistema.”³⁴³

Na sociedade de consumo globalizado, a proteção do consumidor não pode se inclinar apenas as regras estabelecidas nas legislações consumeristas, impondo a necessidade de construção de novos valores às relações de consumo, substancializados pelos princípios jurídicos.

De acordo com Reale, “realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira *concreta*, ou seja, como uma *unidade de ordem* que possui valor próprio [...].”³⁴⁴

Nesse contexto, a necessidade de vinculação a um sistema jurídico aberto às novas possibilidades se revela necessário para que o Direito – enquanto instrumento de regulação social – consiga acompanhar as alterações promovidas na pós-modernidade, garantindo a tutela dos consumidores através da vinculação de princípios às relações entre particulares.³⁴⁵

Hart, discorrendo sobre a textura aberta do direito, afirma que “em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controlo social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo.”³⁴⁶

No mesmo sentido, Diniz aponta que “o direito não se reduz, portanto, à singeleza de um único elemento, donde a possibilidade de se obter uma unidade sistemática que o abranja em sua totalidade. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo.”³⁴⁷

³⁴³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 114.

³⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 701.

³⁴⁵ Martins aponta que “(i) o sistema jurídico não poderia ser compreendido como fechado, ao contrário, deveria estar aberto para outras situações não previstas e que mereciam a atenção do Direito – daí a elevação dos princípios jurídicos como modalidade não apenas de colmatação de lacunas, mas de enunciação de valores; (ii) com espeque no puro normativismo o Estado poderia também enunciar mandamentos totalitários, com lastro na maioria e desprezo às minorias, de forma a guindar o despotismo como único agente intérprete do texto constitucional (*o legitimado extraordinário*) e a partir daí autorizar decisões de “*forças políticas que podem a qualquer instante fugir às regras do bom senso*”. MARTINS, Fernando Rodrigues. **A lei de anistia e a imposição ‘consensual’ do sigilo quanto aos anos de chumbo**. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014. p. 82.

³⁴⁶ HART, Herbert. L.A. **O conceito de direito**. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137.

³⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 435.

Questão que se coloca relevante, nesse contexto, é a compreensão acerca do *status* guardado aos princípios no ordenamento jurídico e, desde já, o trabalho vincula-se a concepção do princípio como norma passível de cumprimento pelas atividades jurídicas, uma vez que vinculam a produção desse sistema jurídico.

Os princípios gerais são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que princípios são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles [...].³⁴⁸

Os princípios são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”³⁴⁹

Assim, enquanto mandados de otimização, visam garantir a tutela de situações em que o alcance das regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico não estejam aptas a tutelar, apresentando maior maleabilidade de aplicação dado o seu maior grau de abstração.³⁵⁰

Os princípios jurídicos representam, também, valores com os quais a atividade jurídica deve se conformar, orientando a produção e a condução do direito na regulação dos problemas sociais que demandam atuação jurídica.

Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores.³⁵¹

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10^a ed. Brasília: Editora UnB, -. p. 158.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

³⁵⁰ “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 144.

Isso porque os “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*.³⁵²

Assim, ao invés de imporem condutas estritas, conduzem a situação fática para a saída mais adequada aos valores contidos em suas premissas, realizando uma irradiação de seus fundamentos na decisão do caso concreto.³⁵³

Em contrapartida, “as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.”³⁵⁴

As regras, nesse contexto, impõem condutas objetivas e diretas ao caso em que será aplicada, excluindo sua incidência se não houver conformação da situação fática com o seu conteúdo expresso.

Já os princípios permitem que se realize um juízo argumentativo para a incidência de seus valores na condução do caso concreto, isso porque “o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios.”³⁵⁵

De forma resumida, é possível identificar ao menos três prismas pelos quais a relação princípio/regra comumente é encarada: i) o chamado hipotético condicional – por onde a regra é vista como tendo uma hipótese que, uma vez confirmada, gera uma consequência, ao passo que os princípios atuam como fundamentos para que o aplicador encontre a regra; ii) quanto ao modo de aplicação: “tudo ou nada” para as regras, “maior medida” ou “mais ou menos” para os princípios e iii) relacionamento normativo: o conflito entre regras resolve-se pela invalidade de uma delas (ou pela identificação de uma exceção) ao passo que os princípios em conflito são ponderados e um prevalece sobre o outro por seu maior peso relativo.³⁵⁶

³⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 103.

³⁵³ “O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom).” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 153.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 104.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105.

³⁵⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 558.

Do exposto, os princípios são aplicados através da argumentação de seus conteúdos, permitindo que se decida de acordo com o valor exposto em apenas um deles ou da somatória das disposições de um conjunto definido dentre eles, através da ponderação.³⁵⁷

Os princípios, dessa maneira, possuem um relacionamento normativo mais amplo que as regras, na medida em que a vinculação de um princípio a um caso concreto não gera a exclusão do princípio colidente, mas apenas a sobreposição de um ao outro, de acordo com as especificidades do caso, visando a tutela do indivíduo.³⁵⁸

As razões para as outras múltiplas características dos princípios são óbvias. Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas “desenvolvidas”, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressem concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.³⁵⁹

Nesse viés, os princípios sedimentam-se na importância de sua existência para o ordenamento jurídico, uma vez que independem de positivação para irradiarem seus efeitos de maneira mais abrangente e flexível quando comparado às regras estipuladas, isso porque, ao partirem de premissas gerais, fortalecem os valores fundamentais daquele sistema jurídico em caráter amplo.

³⁵⁷ De acordo com Pulido, “a fórmula de ponderação dá expressividade a todos os elementos que o juiz deve levar em consideração e a todas as decisões que necessitam ser justificadas. Na prática jurídica, as decisões judiciais formam uma rede de precedentes que permitem que os princípios sejam aplicados de maneira consistente e coerente, o que faz com que o resultado da ponderação se torne previsível. Finalmente, a fórmula da ponderação é um exemplo muito bom de como problemas práticos no direito constitucional podem ser resolvidos com a ajuda de considerações jurídico-filosóficas.” PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais.** São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 347.

³⁵⁸ Nesse sentido, Neves aponta que “os princípios constitucionais, por implicarem certa distância do caso a decidir e uma relação mais flexível entre o antecedente e o consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas que circulam na sociedade. Por outro lado, os princípios apresentam-se subcomplexos perante o caso a decidir. As regras, em sua estruturação, mostram-se mais adequadas para oferecer fundamento imediato ao caso a decidir.” NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais.** 2^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 118.

³⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.³⁶⁰

Assim, os princípios ampliam as possibilidades jurídicas de sua aplicação, uma vez que demandam a máxima proporcionalidade, adequando-se as situações do caso concreto para poder fazer incidir seus valores.³⁶¹

No mesmo sentido, Alexy aponta que “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.”³⁶²

A aplicação de um princípio a um caso concreto independente da positivação dessa norma no ordenamento, como já demonstrado, isso porque os princípios também podem decorrer da interpretação de uma norma mais ampla ou geral.

Ao lado dos princípios gerais e expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.³⁶³

Nesse contexto, os princípios podem ser extraídos da interpretação de uma norma ampla, através da argumentação de valores que são relevantes e que decorrem da própria

³⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

³⁶¹ “A ponderação nada mais é do que um processo de argumentação que vai confrontar as razões em jogo no caso concreto, os argumentos que pleiteiam sua concretização. Se os princípios engendram uma inegável carga valorativa (Alexy afirma que os princípios são como valores) então a ponderação, sopesamento ou seja lá o nome que tenha esse processo de argumentação e contraposição de razões, só ocorrerá com algum grau de segurança e racionalidade se for instituído por um conjunto de regras que, na forma de um procedimento, defina as condições de prevalência, as regras de prioridade, a prioridade *prima facie*, etc.” DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 559.

³⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.

³⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10^a ed. Brasília: Editora UnB, - p. 159.

conjuntura do ordenamento jurídico³⁶⁴ retratando, como consequência, as próprias finalidades de proteção de um sistema.

Os valores de determinado sistema jurídico são, portanto, utilizado para interpretar determinada norma posta e extrair dessa relação um princípio jurídico capaz de tutelar determinada situação cuja legislação não seja suficiente.

[...] os princípios têm o caráter de Hidra, enquanto, as regras são hercúleas. Essa questão não diz respeito à existência ou não da discricionariedade, tema ao qual retornaremos no correr desta tese. Ela relaciona-se à flexibilização que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades de argumentação. Conforme essa compreensão, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias. Tendo em vista a sua pluralidade ou, metaforicamente, o seu caráter policefálico, eles enriquecem o processo argumentativo entre os envolvidos (juízes e particulares ou interessados), abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida. Observadores, em perspectivas diversas, motivam-se, mediante a provocação dos princípios, a tomar parte ativa na práxis argumentativa dirigida a fundamentar juridicamente a solução de um problema jurídico. Nesse sentido, na sociedade complexa de hoje, os princípios estimulam a expressão do dissenso em torno de questões jurídicas e, ao mesmo tempo, servem à legitimação procedural mediante a absorção do dissenso.³⁶⁵

A democratização do crédito ampliou exponencialmente as demandas judiciais decorrentes de relações de consumo, uma vez que incluiu um número significativo de novos consumidores no mercado de consumo.

Essa inclusão acelerada não foi acompanhada de instrumentos jurídicos suficientes para tutelar os novos casos que decorreram da ampliação das relações de consumo, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas, gerando uma lacuna no microssistema de proteção do consumidor.

³⁶⁴ Para Romano, o ordenamento jurídico é uma instituição. Nesse sentido, aponta que “o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unilateralmente, é o conceito de instituição. Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico.” ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.78.

³⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2^a ed. São Paulo: Editora VMF Martins Fontes, 2014. p. XVII.

De acordo com Diniz, “a expressão *lacuna* concerne a um estado incompleto do sistema. Ou, como nos diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica.”³⁶⁶

O reconhecimento do sistema jurídico como incompleto, dinâmico e aberto proporciona sua visualização através de valores, princípios e regras. Enquanto as últimas correspondem geralmente ao ideário da segurança jurídica, os princípios, por clara flexibilização, atuam no campo da justiça, ao passo que os valores tem a especial magnitude de construção do sistema jurídico, especialmente, como se viu, através da cultura e da experiência.³⁶⁷

Assim, a necessidade de um mecanismo jurídico que seja flexível e que permita ampliar as possibilidades de argumentação na defesa do consumidor justifica a instituição do crédito responsável enquanto princípio jurídico.

O princípio do crédito responsável visa, assim, garantir a completude no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que toca a proteção dos consumidores nos contratos de consumo que envolvam operações financeiras de longa duração, como os empréstimos consignados, por exemplo.

De acordo com Bobbio, “por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”³⁶⁸, nesse contexto, para que um sistema jurídico seja completo, não deve haver nenhuma lacuna.

Entretanto, conforme Dantas, “inexiste ordenamento jurídico real que seja pleno”³⁶⁹, o que justifica a instituição de princípios para suprimir as falhas e os vazios legislativos desse ordenamento, garantindo a tutela dos indivíduos que o compõem.

Além disso, como aponta Alexy, “a *tese da incorporação* afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios”³⁷⁰, disso resulta a necessidade de se incorporar novos princípios protetivos nas relações de consumo, a fim de que o sistema jurídico se atualize para tutelar as novas demandas.

³⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 434.

³⁶⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 187

³⁶⁸ BOBBIO, Norberto. 10^a ed. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 115.

³⁶⁹ DANTAS, Adelmiro. **A plenitude do ordenamento jurídico – o problema da lacuna – analogia – princípios gerais do direito**. In: LOTUFO, Renan. **Lacunas do ordenamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2005. p. 02.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 86.

A necessidade de se imprimir padrões de eticidade e de alteridade nas relações de consumo consubstancia a possibilidade de um princípio que valore as relações de crédito, impondo responsabilidades e critérios de solidariedade na relação entre contratante e contratado, a construção de um direito emancipatório depende da concretização desses valores pelo princípio do crédito responsável.³⁷¹

Como mandamentos de otimização, esses princípios exigem sua mais ampla realização possível. Juntos, exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja, o ideal do estado de direito democrático e social. Sendo esses princípios, ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes num caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder a uma otimização relacionada ao caso concreto. Trata-se, aqui, de dar uma resposta a uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Nesse sentido, nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral.³⁷²

A proteção dos consumidores não vincula apenas o Estado, mas também os fornecedores e impõe a estes medidas de solidariedade frente às necessidades daqueles indivíduos que pretendam a contratação de determinada modalidade de crédito.

Solidariedade aqui compreendida com a preocupação e previsão dos riscos de determinada operação de crédito para a vida financeira do indivíduo contratante, assim, aos fornecedores incumbe o dever de analisar a vida econômica e, para além da persecução do lucro, orientar a conduta dos consumidores para a melhor contratação dentro de suas necessidades e de acordo com suas capacidades econômicas.

³⁷¹ De acordo com Wolkmer, “o esgotamento da cultura burguês-capitalista de cunho individualista leva à crise da valores e à crise ética da modernidade. Vive-se, contemporaneamente, as consequências de uma ética calcada no individualismo, no poder, na competição, na eficiência, na produção, no relativismo, etc. A ética da alteridade é uma ética da solidariedade que parte das carências de atores excluídos e objetiva determinar uma ação transformadora apta a liberar setores vitimados, injustiçados e expropriados. A última condição que se faz necessária para fundamentar um novo paradigma de juridicidade refere-se à elaboração de *uma racionalidade de caráter emancipatório*, engrendada a partir da prática social e resultante de interesses, carências e necessidades vitais.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 247.

³⁷² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 93.

De acordo com Martins, os princípios são “eficazes instrumentos de hermenêutica, mas não de ordem supletiva e sim como fontes ou valores que dão unicidade ao sistema e, por isso, fazem com que as demais normas e ele estejam adequadas.”³⁷³

O juiz, ao decidir um caso concreto, deverá analisar se determinada relação de crédito estabelecida entre fornecedores e consumidores foi consubstancial de acordo com critérios éticos e morais vigentes, no sentido de responsabilizar toda conduta que fora realizada sem as observações desses critérios balizadores.

No caso dos indivíduos superendividados, a proteção pelo princípio do crédito responsável decorre da interpretação retirada da proteção constitucional assegurada aos consumidores, junto aos valores que o microssistema de defesa do consumidor busca alcançar.

Nesse viés, o princípio do crédito responsável decorre da argumentação em torno dos valores protetivos previstos no Código de Defesa do Consumidor e pela proteção desses indivíduos garantida pela Constituição Federal de 1988.

4.3.1 A proteção do consumidor hipervulnerável sob a ótica do princípio do crédito responsável

No contexto da sociedade de consumidores, o princípio do acesso ao crédito revela-se imperativo, na medida em que as crescentes demandas decorrentes da atividade cada vez mais radicalizada da tomada e do consumo de crédito pelos particulares revelam problemas sociais para os quais o direito ainda não encontrou regulação, como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

Assim, a concepção do princípio do crédito responsável justifica-se na medida em que os novos padrões de consumo surgidos na pós-modernidade aumentaram a necessidade de diferentes tutelas aos consumidores, cada vez mais vulneráveis aos efeitos do mercado de consumo.

A primeira hipótese de desequilíbrio excessivo nas relações de consumo se dá pelas situações de *vantagem excessiva*, que ocorrem por meio de práticas abusivas dos fornecedores. Com efeito, são situações onde os fornecedores, aproveitando-se de sua posição jurídica dominante no mercado de consumo, ultrapassam certos limites estabelecidos pela ordem jurídica, gerando uma

³⁷³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito (no caso, o fornecedor) e o sacrifício imposto a outrem (o consumidor).³⁷⁴

Ainda que existam microssistemas de proteção dos consumidores, como o Código de Defesa do Consumidor, as regras ali estabelecidas se mostram insuficientes para a proteção dos indivíduos dado a crescente complexidade das relações consumeristas que se apresentam.

Nesse viés, a grau de generalidade alto do princípio do crédito responsável garante maior amplitude de aplicação e, em consequência, maior poder de tutela para os indivíduos que necessitem de tratamento especial, como os superendividados.

Nos contratos de crédito ao consumo, a desigualdade econômica entre fornecedores e consumidores potencializa a vulnerabilidade econômica destes indivíduos em face daqueles, justificando um tratamento diferenciado aos consumidores que realizam esses tipos de contratações.

*La vulnerabilidad es un aspecto de la desigualdad, y se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás. En la vida una persona está mejor o peor posición para relacionarse con los demás si puede esperar o no precisa de un bien em forma urgente, si conoce de lo que se trata o lo ignora, se tiene opciones o no las tiene. El mercado adjudica mal los recursos previos, los bienes que definen el status *ex ante* de las relaciones jurídicas y coloca a una clase de sujetos en una posición desigual.*³⁷⁵

Nesse contexto, as operações de tomada de crédito apresentam nítida desigualdade de recursos econômicos entre os contratantes, soma-se a isso o fato de que grande parte de consumidores buscam a contratação de crédito em situações de urgência, revelando uma situação de extrema subjugação desses indivíduos em face das condições estipuladas nessas modalidades de contratação, agravando a vulnerabilidade do consumidor.

Assim, decorre a primeira acepção do princípio do crédito responsável como proteção do consumidor hipervulnerável nas relações de consumo que envolvam a tomada de crédito, na medida em que, como já demonstrado, tais operações, dada as suas particularidades, impõe a necessidade de proteção especial aos consumidores, face ao poder econômico dos fornecedores que a compõem.

³⁷⁴ AZEVEDO, Fernando Costa de. **Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no Direito do Consumidor e a possibilidade de aplicação do Diálogo das Fontes entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002.** In: MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 316.

³⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, -. p. 36.

O princípio do crédito responsável, nesse cenário, justifica-se pela necessidade de proteção da hipervulnerabilidade dos consumidores em virtude das novas políticas de consumo e de incentivo ao crédito que se verificam na sociedade de consumo. Uma vez que, como apontado por Reale, “é pelo grau de respeito e de garantia assegurado ao valor da pessoa que avaliamos o processo da ordem jurídica positiva.”³⁷⁶

A proteção dos consumidores em face dessas modalidades de contrato sedimenta-se, ainda, na forma com tais vínculos são realizados, uma vez que a pós-modernidade assiste a uma crise³⁷⁷ e massificação dos contratos de adesão, cuja vontade das partes é mitigada pela força econômica dessas instituições financeiras e pela necessidade de que instrumentos contratuais estejam adaptados à crescente demanda por flexibilização do tempo.

Contrato de Adesão: esta modalidade por sua vez, indiscutivelmente, a mais emblemática de todas, realmente põe em xeque o contrato paritário, revelando toda a sua crise, pois “[...] Há a predominância exclusiva de uma só vontade, constituída com vontade unilateral, que dita sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e que se propõe a por antecipação, unilateralmente, por adesão àqueles que desejam aceitar a lei do contrato [...].”³⁷⁸

Nesse contexto, a tutela dos consumidores, pelo princípio do crédito responsável, em face das contratações de crédito justifica-se na medida em que a vontade da parte vulnerável da relação é mitigada pela força econômica do prestador de serviço, impondo medidas protetivas para salvaguardar a posição dos consumidores no mercado.

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade

³⁷⁶ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 09.

³⁷⁷ “A segunda crise do contrato adveio da chamada pós-modernidade ou das mudanças da sociedade contemporânea, desde o fim da 2.^a Guerra Mundial, em que a pós-industrialização lançou o pós-fordismo, os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passaram a ser os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa, em que a privatização generalizada dos serviços públicos abalou a segurança do Estado, do bem-estar, a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-Nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, como o Judiciário e o Legislativo, o que foi acompanhado por um movimento de renascimento da autonomia da vontade, dos árbitros e dos meios alternativos de solução de controvérsias, legitimando as chamadas regras do mercado e da lei de mercadores (*lex mercatoria*), concentrando ainda mais o poder nas *empresas mundiais* e acompanhado da revolução das relações virtuais da sociedade de informação.” MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?** In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

³⁷⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional).** 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

socioeconômica do século XX. Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a ideia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estariamos assegurando a justiça contratual.³⁷⁹

Alia-se a isso o fato de que a maior parte do superendividamento dos consumidores decorre das contratações de crédito de longa duração, fato esse que enseja a ampliação do prazo de agravamento da vulnerabilidade que decorre do endividamento excessivo.

Como já demonstrando, o superendividamento leva à hipervulnerabilidade dos consumidores justamente porque debilita as capacidades para o exercício de direitos em virtude da privação econômica que se impõe.

Assim, o crédito responsável, enquanto princípio jurídico funciona como limite à autonomia dos fornecedores de crédito, impondo uma série de responsabilidades e valores de solidariedade nas relações de consumo dessa natureza.

4.3.2 O princípio da confiança como fator determinante para o princípio do crédito responsável

O crédito estabelece-se numa relação de confiança mútua, tanto de quem o fornece quanto de quem o reclama, a própria acepção terminológica da palavra nos indica que a confiança representa valor central desse instituto.

Confiar é condição básica de convivência pacífica na vida em sociedade, valor que, muito antes de lastrear-se em pilares de ordem ética ou moral, se apresenta como uma necessidade social. Por isso, exige conformação jurídica, pois, apesar de ser incapaz de eliminá-los, sem dúvida, reduz os riscos do contrato. É relevante destacar, também que, apesar de a figura sob análise, historicamente, formatar-se a partir da análise de estados pessoais, na atualidade, não há como fugir de sua objetivação.³⁸⁰

³⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

³⁸⁰ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 260.

Assim, outro fundamento para o princípio do crédito responsável é a sua decorrência e estreita ligação com o princípio da confiança que, de acordo com Meireles, “se apresenta como cuidado com o outro, diante da fidúcia na declaração de vontade da contraparte.”³⁸¹

A confiança entre fornecedores e consumidores na tomada de crédito, portanto, delimita que as partes ali estabelecidas possuem deveres recíprocos de garantir que o objeto do contrato seja realizado de acordo com as expectativas apresentadas.

Nesse contexto, a confiança tem a ver com a manutenção da legítima expectativa depositada no contrato de crédito, impondo condutas objetivas para as partes no sentido de se garantir que o contrato seja realizado nos moldes em que ele foi confiado. A quebra da expectativa, nesse viés, representa a mitigação da confiança estabelecida e impõe medidas jurídicas para a proteção da parte cuja expectativa não foi concretizada.³⁸²

O princípio do crédito responsável representa a medida jurídica a ser realizada nas situações em que houve a quebra do princípio da confiança, levando uma das partes ao declínio de seus objetivos.

De acordo com Marques, “as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações.”³⁸³

Os fornecedores de crédito, nesse sentido, se vinculam as promessas realizadas aos consumidores no momento de celebração do contrato de crédito, impondo a manutenção de todas as expectativas que levaram o consumidor a celebrar tal contratação.³⁸⁴

³⁸¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 254.

³⁸² “O problema da confiança apresenta-se todavia, em Direito, ainda mais delicado. Por um lado, é intuitiva uma profunda assimilação da confiança com a própria realidade jurídica, visível sobretudo nas formas de relacionamento mais simples e nos microssistemas sociais mais elementares: a confiança recíproca dos sujeitos impregna de tal forma certas actuações que a desconfiança se apresenta, no mínimo, suspeita, e a quebra de expectativas tende a ser valorada como violação ou ruptura do direito próprio das relações humanas. Por outro lado, sobretudo nas sociedades altamente diferenciadas e complexas do tipo das da actualidade, impõem-se, afinal, uma discriminação entre o Direito e a confiança: o primeiro intervém para assegurar níveis de interacção social precisamente aí onde o processo de coordenação interindividual das condutas humanas através da confiança se torna, por dificuldade ou ineficiência, impraticável. Pode até afirmar-se que, quanto maior for, por via da referida complexidade e diferenciação, a despersonalização e o anonimato na vida social, mais aguda se torna a acuidade da substituição do processo informal de coordenação dos comportamentos através da confiança pela institucionalização de regras jurídicas “formais”. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 18.

³⁸³ MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?** In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

Relevante, aqui, estabelecer que qualquer quebra de expectativa, seja decorrente da falta de informações prestadas, seja em virtude de valores não apresentados de forma lúcida aos consumidores, leva a quebra da confiança depositada e, portanto, à incidência do princípio do crédito responsável para responsabilizar o fornecedor pela prática ou pela omissão de atos necessários.

A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica da justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu reconhecimento radica intimamente na indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente, como corresponde à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter.³⁸⁵

Nesse sentido, a quebra da confiança entre as partes faz incidir o princípio do crédito responsável que leva à responsabilização do fornecedor de crédito, impondo medidas objetivas pelos danos causados.

De acordo com Frada, “sem dúvidas as formas de enaltecimento de um produto ou das suas qualidades e as técnicas de persuasão empregues pelos vendedores acabarão, muitas vezes, por se repercutir na convenção com os adquirentes, conformando o *dever-ser contratual*.”³⁸⁶

Assim, aqueles fornecedores que agirem de maneira contrária a expectativa confiada pelos consumidores serão responsabilizados pelos seus atos em decorrência do princípio do crédito responsável.

A manifestação do princípio, nesse contexto, opera com sanções aos fornecedores que podem compreender o pagamento de multas e até a imposição de não poder obrigar o consumidor ao pagamento dos juros e das taxas estabelecidas no contrato.

³⁸⁴ Na medida em que, de acordo com Meireles, “o fundamento da tutela da confiança mais apontado pela doutrina é a exigência de garantir a segurança e a estabilidade no comércio jurídico, a qual seria realizada com a prevalência, para fins de interpretação e de existência do ato negocial, daquilo que foi declarado pelo disponente ou que se pode deduzir do seu comportamento.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 256.

³⁸⁵ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 901.

³⁸⁶ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 689.

A exemplo do Código de Consumo Francês, o fornecedor de crédito que não respeita todas as etapas de informação e consentimento do consumidor, dentro das formas e prazos estipulados pela legislação consumerista, pode perder o direito de receber os juros daquela operação, ser responsabilizado pelo pagamento de multas vultosas, além de não pode obrigar o consumidor ao pagamento dos juros e outros valores estabelecidos no contrato de consumo, de acordo com previsão dos artigos L 311-48 e seguintes.³⁸⁷

O princípio do crédito responsável, portanto, incidirá nas relações de consumo que envolvam a tomada de crédito sempre que houver descumprimento do princípio da confiança, impondo medidas de responsabilidade aos fornecedores de crédito pela quebra de legítima expectativa garantida aos consumidores.

4.3.3 Princípio do crédito responsável: fonte de valoração e responsabilização das relações de consumo

A pós-modernidade imprimiu novos desafios às relações de consumo, na medida em que a ampliação da interação global permitiu a abertura de uma complexa rede de consumidores, cada vez mais globalizados, virtualizados e dependentes do dinheiro plástico.

Nesse contexto, o consumo passou a representar importante parcela das demandas individuais, consolidando-se como atividade cotidiana da maioria dos sujeitos inseridos nesse mercado amplo, multifacetado e dinâmico.

³⁸⁷ Tradução livre. No original: art. L 311-48. Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par les articles L. 311-6 ou L. 311-43, sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche mentionnée à l'article L. 311-10, ou sans remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 311-11, L. 311-12, L. 311-16, L. 311-18, L. 311-19, L. 311-29, le dernier alinéa de l'article L. 311-17 et les articles L. 311-43 et L. 311-46, est déchu du droit aux intérêts. Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. La même peine est applicable au prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées à l'article L. 311-21 et aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 311-44 ou lorsque les modalités d'utilisation du crédit fixées au premier alinéa de l'article L. 311-17 et au premier alinéa de l'article L. 311-17-1 n'ont pas été respectées. L'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas échéant, au paiement des intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement, sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû. Le prêteur qui n'a pas respecté les formalités prescrites au dernier alinéa de l'article L. 311-46 et à l'article L. 311-47 ne peut réclamer à l'emprunteur les sommes correspondant aux intérêts et frais de toute nature applicables au titre du dépassement. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 26 de janeiro de 2016.

Questão que se coloca relevante, nesse aspecto, é determinar quais são as características e as demandas desses indivíduos inseridos nessa etapa que compreende um consumo radicalizado e do uso cada vez mais recorrente de instrumentos como crédito e serviços financeiros.

A caracterização desses sujeitos-consumidores pós-modernos justifica-se para a compreensão dos novos desafios que a tutela jurídica passa a enfrentar na busca pela adequada proteção a esses indivíduos.

Interessante observar que as primeiras análises dos reflexos da crise da pós-modernidade na sociedade de consumo indicavam que a despersonalização das relações, iniciadas com as relações massificadas de adesão e métodos mecânicos de contratação, levaria ao nascimento de “contratos sem sujeito” ou mesmo de uma decadente “morte do sujeito”, em uma desconstrução total desse sujeito. Certo é que as noções de indivíduo e sujeito mudaram, mas também mudou nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi “re-significado”. Parecemos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se; hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam – diretamente ou através de representantes – seus direitos. Aceita essa premissa, interessa-nos a afirmação de Erik Jayme de que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está.³⁸⁸

Embora seja inegável que as contratações massificadas e padronizadas imprimiram uma perda da identidade dos consumidores nas relações de consumo, principalmente nos aspectos referente à autonomia da manifestação de vontade, não se deve generalizar a crise da pós-modernidade a ideia de uma ruína dos sujeitos.

Essas crises vivenciadas, pelo contrário, levantaram o debate para a proteção desses sujeitos, atribuindo-lhes direitos e garantias fundamentais, colocando a tutela da pessoa humana como finalidade precípua desse novo modelo de Estado de direito.

Esse novo sujeito, embora mais vulnerável as forças do mercado, dada a desigualdade material que se verifica nas relações de consumo, reclama para si medidas que assegurem seus direitos básicos e constitucionalmente garantidos, impondo aos juristas a necessidade de salvaguardar esses novos interesses individuais e coletivos.³⁸⁹

³⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos.** Revista de Direito do Consumidor, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 61.

³⁸⁹ “O jurista não pode negligenciar, sob pena de cair no verbalismo mais árido, a matéria bruta de que deriva toda norma, isto é, metáforas à parte, os interesses individuais e coletivos cujo equilíbrio constitui o fim precípua do ordenamento jurídico.” BOBBIO, Norberto. **Direito e poder.** São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 68.

A Constituição Federal de 1988 já estabelecia a proteção do consumidor impondo a necessidade de criação de uma unidade normativa específica – o código de defesa do consumidor. O ADCT 48, demonstrando a necessidade constitucional de se assegurar a defesa do consumidor previa que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o Código de Defesa do Consumidor.

A previsão constitucional de proteção do consumidor, assim, impõe medidas de tutela capazes de satisfazer as demandas individuais e assegurar que os direitos garantidos não sejam mitigados por desníveis estruturais do mercado de consumo.³⁹⁰

Por sua vez, tanto a resistência quanto a atividade carecem de três condições necessárias da democracia: direitos humanos eficazes; uma política social empenhada na compensação de desigualdades, para que a democracia enquanto *forma estatal da inclusão* possa assentar uma sociedade inclusiva; e formas do Estado de Direito, nas quais a resistência e a atividade possam expressar-se legalmente.³⁹¹

A Constituição Federal de 1988 assegura a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica³⁹² e impõe a busca pela dignidade e a justiça social como fins do Estado na ordem econômica e financeira.

Nesse sentido, o princípio do crédito responsável decorre do princípio constitucional de defesa do consumidor e se justifica na necessidade de regulação das atividades que envolvam o crédito enquanto mercadoria de consumo, uma vez que a falta de regulamentação dessas atividades potencializam situações como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

³⁹⁰ “Em outras palavras, em tempos pós-modernos este sujeito identificado pelo Direito reivindicará sua própria lei, lei especial subjetiva, lei geral para todas as relações que atua como consumidor. Esta lei protetiva é uma microlei, lei privilegiadora, microssistema que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertence o sujeito, no caso, o Direito Civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.” MARQUES, Claudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos.** Revista de Direito do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 61.

³⁹¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

³⁹² Art. 170,V,CDC. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasil, 1990.

Do exposto, a massificação dos contratos de crédito, – levando-se em consideração que a maioria dessas contratações ocorrem na modalidade dos contratos de adesão – embora tenha levado à relativa mitigação das capacidades dos consumidores, levantou a necessidade de se estruturar medidas de proteção a esses sujeitos que, agora, são materializadas pelo princípio do crédito responsável.

O princípio do crédito responsável, portanto, vincula a atividade dos fornecedores de crédito e impõe condutas que sejam compatíveis com a realização sustentável do contrato, adequando a oferta de acordo com a capacidade econômica do consumidor e consentindo-o dos riscos que essas operações envolvem.

4.3.4 Princípio do crédito responsável como instrumento de aplicação do direito fundamental de acesso ao crédito

A radicalização do capitalismo em escala mundial, através da hipervalorização do consumo e da democratização do acesso ao crédito, sedimentou uma sociedade marcada por problemas econômicos e sociais decorrentes da ampliação do desequilíbrio de forças entre os indivíduos inseridos nesse contexto de exploração.

A economia-mundo capitalista se desenvolve com tanto sucesso que está destruindo-se e, por isso nos defrontamos com uma bifurcação histórica que aponta para desintegração desse sistema-mundo, sem que nos seja oferecida garantia alguma de melhoria na nossa existência social.³⁹³

De um lado, os detentores de capital que centralizam os mecanismos de informação e produção, do outro, os consumidores, cada vez mais vulneráveis as forças do mercado e a exclusão econômica.

Nesse cenário, o direito fundamental de acesso ao crédito, tema já discutido no estudo, representa um importante mecanismo de acesso dos consumidores aos bens jurídicos essenciais para a manutenção da vida, garantindo que, mesmo diante dos riscos do mercado, o mínimo necessário para a manutenção da dignidade lhes seja assegurado.

Todo e qualquer ser humano deve ter o poder efetivo de traduzir em comportamentos concretos os comportamentos abstratos previstos pelas normas constitucionais que atribuem este ou aquele direito, e portanto deve

³⁹³ WALLERSTEIN, Immanuel. **A reestruturação capitalista e o sistema-mundo.** In: GENTILI, Pablo. Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. 5^a ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 223.

possuir, ele próprio, ou como quota de uma propriedade coletiva, bens suficientes para um vida digna.³⁹⁴

Contudo, o estabelecimento de um direito fundamental sem previsões de garantias para a sua concretização o torna destituído de efetividade. Assim, o princípio do crédito responsável justifica-se enquanto forma de ampliação desse direito fundamental, uma vez que irradia valores de responsabilidade nas concessões de crédito, vinculando as atividades dos fornecedores, na busca de garantir que a dignidade humana não seja balizada pela capacidade econômica desses indivíduos.³⁹⁵

Supiot aponta que “frente a la “globalización” de la economía de mercado, igualmente necesitamos hoy mecanismos que permitan una hermenéutica humana y social del Derecho económico.”³⁹⁶

Assim, o princípio do crédito responsável atua como mandamento de otimização³⁹⁷ do direito fundamental dos consumidores de acesso ao crédito, fortalecendo a efetividade da norma fundamental asseguradas a esses indivíduos e impondo a necessidade de uma interpretação conjunta dos valores extraídos do princípio e da finalidade imposta pelo direito fundamental, na tentativa de construção de uma hermenéutica humanista e da concretização da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Steinmetz, “a vinculação dos particulares a direitos fundamentais também encontra fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”³⁹⁸ impondo, assim, que todos estejam vinculados a preservação da vida com dignidade, seja pelo direito fundamental de acesso ao crédito ou pelos valores do princípio do crédito responsável.

³⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra.** São Paulo: Manole, 2009. p. 89.

³⁹⁵ Duque aponta que “[...] os direitos fundamentais são reconhecidos a partir de um duplo caráter (*Doppelcharakter*), o que significa, dentre outros aspectos, que as determinações de direitos fundamentais podem ser associados tanto princípios quanto regras, de modo que no feixe que constitui um direito fundamental incluem-se tanto posições definitivas quanto *prima facie*. Entretanto, à medida que os direitos fundamentais são identificados de forma recorrente com o seu conteúdo principiológico, cumpre ressaltar algumas características desse modelo, como forma de facilitar a compreensão futura em torno da delimitação do seu âmbito de proteção, bem como em relação à possibilidade de restrições, considerações essas que se fazem indispensáveis à compreensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse registro justifica pelo fato de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser fundamentada racionalmente com base na ideia de otimização de princípios.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

³⁹⁶ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho.** 2^a. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012. p. 279.

³⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.

³⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 112.

O princípio do crédito responsável, ao otimizar o direito fundamental de acesso ao crédito age, indiretamente, na manutenção das capacidades econômicas dos indivíduos, mesmo em situações de superendividamento do consumidor, configurando-se como importante mecanismo na *proibição de retrocesso*.³⁹⁹

A proibição de retrocesso, nesse contexto, materializa-se com o princípio do crédito responsável, uma vez que a sua finalidade é justamente garantir a efetividade do direito fundamental ao crédito, nas situações em que os indivíduos, privados de suas capacidades econômicas, estariam excluídos do mercado de consumo.

Do exposto, o princípio do crédito responsável pode ser compreendido como a forma de aplicação do direito fundamental de acesso ao crédito, uma vez que, como apontado por Dworkin, “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.”⁴⁰⁰

As novas demandas de tutela das relações consumeristas não são suficientemente garantidas apenas pelas regras existentes em um sistema jurídico, assim, os princípios atuam na aplicação desses direitos nos casos em que as regras estabelecidas não são adequadas.

Dworkin aponta que “se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas.”⁴⁰¹

O autor aduz, ainda, que “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo.”⁴⁰²

A relação entre princípios e direitos fundamentais, no pensamento de Dworkin, aponta que “os princípios são proposições que descrevem direitos”⁴⁰³, nesse contexto, o princípio do crédito responsável estabelece o direito fundamental de acesso ao crédito no sistema jurídico,

³⁹⁹ De acordo com Sarlet, “a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010. p. 344.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 131.

⁴⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 141.

⁴⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 141.

irradiando seus valores na tutela dos consumidores, principalmente nos casos em que inexiste legislação específica – *casos dificeis* – como o tratamento das situações de superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

4.3.5 A justiça contratual como fundamento do princípio do crédito responsável

Como já referenciado, uma das principais características da sociedade de consumidores é a intensificação das relações contratuais, cada vez mais padronizadas e mecânicas, em decorrência do aumento substancial do consumismo pelos indivíduos.

Os contratos estabelecidos, em sua maioria na modalidade de adesão⁴⁰⁴, estão cada vez mais destituídos de mutualidade, na medida em que os fornecedores, aproveitando-se da desigualdade material que se verifica, predispõem unilateralmente o conteúdo e as condições do contrato.

Os contratos pré-redigidos e pré-elaborados por uma pequena parcela da sociedade, os fornecedores, explicitaram a falta de aceitação do consumidor para com o contrato assinado e, principalmente, a ausência de negociação (discussão) dos termos do instrumento, caracterizando sua atitude contratual como meramente adesiva. O custo social da preservação da autonomia da vontade, de forma absoluta e inquestionável, caracterizando a adesão do consumidor como livre e consciente manifestação da vontade, em igualdade de condições com o fornecedor, estava sendo maior do que seus benefícios à sociedade, gerando riqueza para poucos e pobreza para muitos. Com base nisso, interveio o Estado, impondo a correção das disparidades que se manifestavam no âmbito das relações contratuais, principalmente as massificadas.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ De acordo com Noronha, “nos contratos padronizados e de adesão, há todo um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos do predisponente e do aderente: o desequilíbrio entre as partes, de desigual força econômica, a desvantagem jurídica do aderente, que normalmente não tem condições de avaliar as implicações do contrato que assina, as inibições psicológicas, porque ele não é “entendido” como a pessoa com que contrata, que é “profissional”, e porque, afinal, na maioria dos casos ele assinou – e documentos tem sempre uma certa força mágica... Também aqui as considerações sobre justiça substancial combinam-se com a necessidade de tutela da boa-fé do próprio aderente, que tinha o direito de acreditar que a outra parte respeitava os padrões de correção e lealdade exigíveis.” NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 247.

⁴⁰⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 248.

As relações entre fornecedores e consumidores se estabelecem, cada vez mais, de maneira impessoal, onde a vontade e a legítima expectativa dos consumidores sucumbem aos interesses econômicos dos fornecedores.

Como bem expõe Ghestin, “*la protection du consentement n'est que le moyen de faire respecter la finalité du contrat et la justice commutative.*” Assim, “a proteção do consentimento é a melhor forma de se respeitar a finalidade do contrato e a justiça comutativa.”⁴⁰⁶

Nesse contexto, Bessa aponta que “o *anonimato* passa a ser uma das características da sociedade de consumo. De fato, foi-se a época em que fornecedor e consumidos se conheciam e estavam unidos por uma relação de confiança mútua.”⁴⁰⁷

Os contratos de crédito ao consumo sedimentam essa realidade, na medida em que a relação de desigualdade entre as partes é significativa. Os fornecedores de crédito, detentores do capital, utilizam-se do poder econômico para ditarem as regras do contrato, anulando a manifestação do consumidor vulnerável que, diante de uma situação de urgência, tem que “anuir” às condições estipuladas.

Nesse contexto, o princípio do crédito responsável se justifica em decorrência do princípio da justiça contratual, uma vez que sua existência impõe padrões de justiciabilidade aos contratos de consumo, na tentativa de se efetivar uma equidade no plano material das relações consumeristas.

O surgimento de uma nova ordem contratual impõe a adequação de seus princípios, especialmente da justiça contratual, cuja compreensão vai além da noção de simples equilíbrio, porquanto, se este parte de uma ótica sobre o intercâmbio de prestações, aquele se refere a julgamentos éticos, possibilitando investigações mais acendradas de comportamentos e de conteúdo obrigacional.⁴⁰⁸

Assim, o princípio do crédito responsável age na tentativa de impor padrões de eticidade nas relações de consumo pós-modernas, vinculando a atividade do fornecedor e

⁴⁰⁶ Tradução livre. GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations, le contrat.* v.1. Paris: L.G.D.J. p. 283.

⁴⁰⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

⁴⁰⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual.* 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 429.

conduzindo o contrato de forma que as partes ali presentes estejam protegidas de eventuais desigualdades estruturais do mercado.⁴⁰⁹

Nesse sentido, Noronha aponta que “quando se diz que a justiça contratual é princípio fundamental dos contratos, tem-se em vista, é claro, a justiça substancial, porque só esta contém a ideia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações.”⁴¹⁰

El concepto se une al de justicia contractual, para recomponer el contenido del contrato bilateral ante situaciones en que se ha desajustado totalmente el equilibrio prestacional, porque un contrato bilateral presupone siempre que cada uno obtenga por su prestación un equivalente, lo que perdería su sentido y carácter originario cuando existe una transformación en la relación de equivalencia.⁴¹¹

O princípio do crédito responsável reforça a necessidade de realização da justiça contratual nas relações de consumo que envolvam a tomada de crédito, impondo que se realize um equilíbrio entre fornecedores e consumidores, na finalidade de mitigar a realizações de contratos com riscos elevados que possam levar à situações de superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

Como apontado por Butzke e Theis, “as desigualdades tem se manifestado no período recente, de predomínio do regime de acumulação com dominância financeira, em quase todos os planos da vida humana [...]”⁴¹², esse cenário social e econômico cada vez mais desnívelado impõe a persecução de uma igualdade substancial que permita a tutela dos vulneráveis e a possibilidade de construção de uma simetria entre fornecedores e consumidores.

A justiça contratual, nesse sentido, impõe a persecução do solidarismo contratual na efetivação da dignidade da pessoa humana, uma vez que esta representa o valor central do ordenamento jurídico.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, Negreiros aponta que “a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes.” NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157.

⁴¹⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 221.

⁴¹¹ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad contractual**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. p. 180.

⁴¹² BUTZKE, Luciana; THEIS, Ivo Marcos. **O paradoxo da geografia no capitalismo mundializado: revisitando a lei do desenvolvimento desigual e combinado**. In: AMORIN, E.; GALASTRI, L.; GALVÃO, A.; GOMES E SOUZA, J. **Capitalismo: crises e resistências**. São Paulo: Outras expressões, 2012. p. 104.

Isso porque, embora os contratos de crédito ao consumo tenham como finalidade o lucro, também estão vinculados à função social e aos valores constitucionais de promoção e proteção da pessoa humana.

Portanto, a dignidade é um valor intrínseco de todo ser humano, e em razão disso não pode o homem ser tomado funcionalmente como membro de uma ordem jurídica, apenas como sujeito de direitos, mas, sim, como condição de existência dessa mesma ordem. A consagração da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como o centro do universo jurídico, o que abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, reclamando tratamento isonômico a todos eles, bem como a impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros.⁴¹³

De acordo com Martins, “o regime contratual deve cumprir sua função econômica, realizar o valor utilidade que lhe é próprio, mas sempre com vistas à realização da justiça e à preservação da dignidade da pessoa humana, que é o verdadeiro sujeito de direito.”⁴¹⁴

Mas a solidariedade informa também a *justiça*, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais. A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos da fraternidade. A mesma coisa acontece com alguns direitos coletivos ou difusos, como os dos consumidores, inquilinos, etc.⁴¹⁵

O consumidor, vulnerável frente essa nova conjuntura contratual, necessita de mecanismos que garantam proteção e equilíbrio nas relações de consumo, principalmente as que envolvam a tomada de crédito.

A própria ideia de justiça, nesse cenário, impõe a necessidade de uma interpretação que seja mais favorável ao consumidor, direcionando a atividade jurisdicional para a persecução e garantia da tutela desses indivíduos vulneráveis.⁴¹⁶

⁴¹³ FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 96.

⁴¹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322.

⁴¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 146.

⁴¹⁶ “Em outras palavras, a aqui chamada justiça contratual começa pela aplicação concreta da norma protetiva do consumidor e continua com uma interpretação das normas em diálogo, a mais favorável ao consumidor, sujeito escolhido pelo mandamento constitucional para ser o protegido. Seria totalmente contrária ao mandamento constitucional de proteção especial e de promoção dos direitos do consumidor uma interpretação das normas legais e uma integração de lacunas “contra o consumidor”, além de violar o art. 7º do CDC. Neste sentido, a atualização do CDC pode esclarecer que tanto as

De acordo com o artigo 47 do CDC, “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, assim, o próprio microssistema de defesa do consumidor faz previsão da necessidade de salvaguardar esses indivíduos em decorrência das assimetrias que se verificam nas relações de consumo.

O princípio do crédito sustentável, portanto, decorre da necessidade de se fortalecer mecanismos que garantam a efetividade da justiça contratual, seja na imposição de valores éticos às relações de consumo e/ou através da utilização de uma hermenêutica que favoreça os consumidores na interpretação desses contratos.⁴¹⁷

A persecução da justiça contratual nas relações consumeristas, para além e fortalecer os consumidores no mercado, age como fator inibidor de riscos como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

4.3.6 Empréstimo consignado: a tutela dos consumidores idosos pelo princípio do crédito responsável

Dentre as modalidades de contratos de crédito, o empréstimo consignado é o que representa maior risco aos consumidores, uma vez que retira do indivíduo a autonomia para decidir, em situações de urgência, como irá administrar seus rendimentos, tornando o indivíduo vinculado financeiramente até o exaurimento do contrato.

No início do século XXI a sociedade brasileira assiste ao surgimento e disseminação do fenômeno de concessão de créditos por meio da modalidade de crédito consignado. A argumentação das instituições financeiras e bancárias, invariavelmente repetidas em algumas decisões dos tribunais e nas exposições de motivos das regras federais e estaduais atinentes à matéria das consignações em folha de pagamento, radica em que poderia haver uma ampliação da concorrência entre tais instituições, na medida em que tal modalidade de empréstimo, com a mais ampla garantia de adimplemento das obrigações contraídas, ao reduzir os riscos do credor,

normas, quanto os negócios jurídicos deverão ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor, pois este é o conjunto de normas tutelares.” MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 956.

⁴¹⁷ Silveira aponta que “o CDC – não é despiciendo salientar – revolucionou os contratos e sua interpretação. Com efeito, nessa parte, a Lei 8.078/90, fustigou o mito do *pacta sunt servanda*, secular sentença latina destinada a fazer cumprir o ajustado anteriormente, mas, que, entre nós, país de inegável instabilidade econômica, prestava-se a coonestar situações injustas, especialmente, nos contratos bancários, de financiamento de crédito e securitários.” SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Direito do consumidor e a Constituição Federal de 1988 – 15 anos depois.** In: SCAFF, Fernando Facury. Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio De Janeiro: Renovar, 2003. p. 335.

favoreceria a redução das taxas de juros e o maior acesso ao crédito por parte da população trabalhadora.⁴¹⁸

Nesse contexto, as empresas fornecedoras de crédito ampliaram e sedimentaram as concessões de consignados com a justificativa de que, por ser uma operação de menor risco financeiro, os valores repassados aos consumidores seriam reduzidos, o que traria contratos com juros menores quando comparados as outras modalidades de concessões de crédito.⁴¹⁹

Entretanto, não se verificou na prática nenhum benefício para os consumidores, ao contrário, a consignação em folha de pagamento representa uma das maiores ameaças aos indivíduos vez que retida do sujeito a liberdade de disposição do seu salário, principalmente quando ocorrem eventos imprevistos.

O princípio da intangibilidade salarial nucleia o sistema específico de proteção do salário, ao assegurar a esfera de disponibilidade e liberdade de dispor o trabalhador de sua única fonte de subsistência. Indisponibilidade, intangibilidade, impenhorabilidade e irredutibilidade são os princípios estruturantes da tradição jurídica do constitucionalismo pautado na defesa do trabalho humano e do direito laboral.⁴²⁰

Além disso, as políticas de oferta de consignados visam, em sua maioria, consumidores idosos, na medida em que o desconto dessa modalidade de crédito é feito diretamente na folha de pagamento de suas respectivas aposentadorias, diminuindo significativamente o risco dessas operações financeiras para os fornecedores.

⁴¹⁸ CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara grillo Coutinho Leonardo da. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário.** Revista de Direito do Consumidor, n. 76, São Paulo: Ed. RT, outubro-dezembro/2010. p. 75.

⁴¹⁹ Nesse sentido, Catalan aponta que um “dos problemas que precisam ser enfrentados pelos Tribunais tangencia os juros compensatórios praticados nos contratos de empréstimo consignado, pois, apesar de menores que aqueles cobrados em várias outras espécies de operações financeiras, não são nada irrisórios quando se visualiza que o risco, nesses casos, quase inexiste.” CATALAN, Marcos. **O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro.** Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. RT, maio-junho/2013. p. 141.

⁴²⁰ CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara grillo Coutinho Leonardo da. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário.** Revista de Direito do Consumidor, n. 76, São Paulo: Ed. RT, outubro-dezembro/2010. p. 82.

Essa questão é relevante porque os idosos necessitam especial atenção, dado a sua hipervulnerabilidade que decorre, além de fatores físicos, também de situações cotidianas que aumentam os riscos desses consumidores.⁴²¹

Marques aponta que “a proteção da vulnerabilidade do idoso faz nascer um direito subjetivo personalíssimo e indisponível ao envelhecimento sadio, ao qual corresponde uma multiplicidade de direitos e deveres para assegurá-lo.”⁴²²

A vulnerabilidade do idoso como consumidor, de sua vez, é demonstrada a partir de dois aspectos principais: (a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; (b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.⁴²³

De acordo com Schmitt, “a Constituição brasileira, irradiando seus efeitos sobre as leis ordinárias, determina limites à atividade contratual, preservando o indivíduo-consumidor de abusos negociais, em especial, os idosos.”⁴²⁴

Assim, a tutela dos idosos hipervulneráveis justifica a aplicação do princípio do crédito responsável nos contratos consignados, impondo a necessidade da realização de um empréstimo responsável e de acordo com os valores de promoção e proteção da dignidade do consumidor idoso.⁴²⁵

Por fim, cumpre lembrar em relação ao consumidor idoso, as recentes contratações de empréstimos financeiros com pagamento consignado em

⁴²¹ De acordo com Marques, “entre os riscos que apontam a necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade do idoso, tanto nas suas relações familiares quanto com a sociedade em geral, está o da sua marginalização, porquanto, não raro, retira-se do mundo do trabalho, reduz e compromete sua renda e sua capacidade física.” MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

⁴²² MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

⁴²³ MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 148.

⁴²⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. **A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 488. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

⁴²⁵ Nesse sentido, Schmitt aponta que “uma realidade desse porte certamente não se coaduna com o fundamento de proteção da dignidade da pessoa humana, tampouco com o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que pretende erradicar a pobreza, e ao mesmo tempo ser fraterna, igualitária, onde predomine a harmonia social. Daí a razão da presente pesquisa observar até que ponto são aplicáveis os objetivos constitucionais expressados, principalmente no que tange às relações de consumo, analisando-se a possibilidade de efetivação de controle da exploração dos mais fracos economicamente a partir da Carta Magna, em especial, os idosos, que estamos a designar de hipervulneráveis.” SCHMITT, Cristiano Heineck. **A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 489. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

folha, permitidos pela autarquia responsável pelos benefícios e proventos de aposentadorias da Previdência Social. Trata-se, também nestes casos, de uma contratação em que deve se ter em conta a vulnerabilidade agravada do idoso, em especial em face da realidade social dos baixos valores pagos pela Previdência Social, que fazem do recurso ao empréstimo consignado em folha de pagamento, muitas vezes, uma necessidade do consumidor idoso para atendimento de despesas ordinárias pessoais ou ainda, em vista da taxa de juros favorecida, com recurso para o atendimento das necessidades de parentes ou amigos próximos. Aqui se reforçam os deveres de lealdade, informação e colaboração entre o consumidor idoso e a instituição financeira que realiza o empréstimo, em vista de suas condições de adimplir o contrato sem o comprometimento de necessidades vitais, assim como a se evitar o consumo irresponsável de crédito e o superendividamento.⁴²⁶

A proteção dos consumidores idosos pelo princípio do crédito responsável justifica-se pelo caráter agressivo dos créditos consignados na vida econômica dos consumidores. Em situações de superendividamento passivo, por exemplo, onde a causa da inadimplência não decorre diretamente da postura econômica do consumidor, retirar a livre disponibilidade do indivíduo com relação aos seus rendimentos significa mitigar as capacidades econômicas e, como consequência, a possibilidade de manutenção do mínimo necessário para a manutenção da vida.

O princípio do crédito responsável, assim, age como forma de ponderação de interesses nas relações entre consumidores e fornecedores nos contratos de empréstimo consignado, na medida em que a proteção da liberdade salarial do consumidor significa uma interferência no exercício da atividade econômica por parte do credor.⁴²⁷

Em evidência, o papel do princípio, para além de ponderar valores, impõe a defesa do consumidor através da interpretação mais favorável do contrato, uma vez que se verifica uma nítida desigualdade estrutural do mercado, reforçada pela hipervulnerabilidade desses consumidores, o que impõe uma atividade do princípio direcionada para a garantia das capacidades econômicas dos consumidores idosos, principalmente em situações de superendividamento.

⁴²⁶ MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 149.

⁴²⁷ “Por um lado, temos o direito do trabalhador à intangibilidade do seu salário e, por outro, o direito do credor ao exercício da atividade econômica. Importa saber o que lesaria mais os direitos fundamentais em confronto, se a decisão que autoriza o cancelamento do desconto em folha do empréstimo contratado ou se a decisão que mantém os descontos, sob alegação de que estão legalmente autorizados, ainda que isto implique no sacrifício da subsistência do consumidor e de sua família.” CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara grillo Coutinho Leonardo da. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário.** Revista de Direito do Consumidor, n. 76, São Paulo: Ed. RT, outubro-dezembro/2010. p. 107.

5 CONCLUSÃO

A sociedade de consumo promoveu alterações significativas no espaço social, principalmente no que concerne o reconhecimento e a aceitação do indivíduo perante a coletividade. Na etapa de radicalização do consumo, os sujeitos passaram a ser identificados e socialmente agregados – ou excluídos – de acordo com as suas capacidades econômicas.

Embora não se possa dissociar o consumo da própria existência humana, uma vez que o consumo de subsistência representa meio para a manutenção da vida, as alterações promovidas pela sociedade de consumidores agora erguem o consumo ao protagonismo das relações sociais.

É no contexto da passagem do consumo de subsistência para o consumismo de aparências que se estabele a vinculação do trabalho ao conceito de pós-modernidade, como etapa que estabeleceu mudanças significativas nos padrões de consumo e que ocasionou, em consequência, problemas como o superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé.

O superendividamento, então, pode ser considerado como um desses novos efeitos da sociedade pós-moderna e que decorre da incorporação do consumo de vontades aos hábitos dos indivíduos.

Além disso, o próprio acesso aos direitos na pós-modernidade está ligado, sob muitos aspectos, às capacidades econômicas dos indivíduos, o que impõe a necessidade de se assegurar que os consumidores, mesmo em situações adversas como o superendividamento, mantenham a sua capacidade de consumo.

A crescente complexidade das relações sociais estabelecidas apresentam novos desafios ao Direito na tentativa de se solidificar como um marco regulatório hábil para tutelar as novas e amplas demandas sociais, como o superendividamento das pessoas físicas.

O direito privado pós-moderno tem de ampliar a sua abordagem para além da proteção patrimonialista, ou seja, deve angariar novos rumos de proteção que respeitem a proteção do indivíduo e de sua dignidade como finalidade precípua do ordenamento jurídico.

Na sociedade de consumidores em que o reconhecimento do indivíduo e o próprio acesso a direitos é relativizado pela capacidade econômica dos sujeitos, a necessidade de se

estabelecer uma ética de responsabilidade com relação à dignidade e aos valores do outro se mostra necessária para a regulação das condutas entre os indivíduos.

Assim, estabelecer padrões de eticidade nas relações de consumo requer que seja afirmada uma ética de responsabilidade para com o outro indivíduo, o que implica afirmar que as atitudes de um indivíduo devem ser direcionadas ao cuidado com o outro, assumindo uma responsabilidade sobre esses sujeitos inseridos num contexto de exploração.

Essa necessidade se justifica em virtude da falta de ética empregada pelas operadoras de crédito, principalmente relacionadas à falta de informação, ao uso abusivo do *marketing*, às operações de risco e aos altos índices de juros praticados.

A sociedade de consumidores carece de uma regulamentação ética que seja solidária e de cuidado com o outro. O Direito, enquanto instrumento de regulação social, deve ser capaz de fornecer padrões éticos às novas demandas da pós-modernidade.

A informação, como um dos valores que exprimem a cultura pós-moderna, para além da promoção do consumo, se revela como importante mecanismo protetivo dos consumidores, uma vez que – se feita de maneira correta – oferece um rol básico de conhecimento suficiente para que os consumidores possam calcular os riscos e a capacidade de solvência nas relações de consumo que pretenda estabelecer, evitando situações como o superendividamento das pessoas físicas.

Nesse prisma, se deve assegurar que as operações financeiras de oferta de crédito utilizem a publicidade não apenas com a função de promover e instigar o consumo – função do *marketing* – mas também como forma de fornecer padrões informativos que evitem abusos contra os consumidores tomadores de crédito.

A regulação jurídica da informação se revela importante para a proteção dos agentes inseridos na economia globalizada. Na realidade dos consumidores, a informação correta e elucidativa exerce força protetiva contra os abusos do mercado e se faz necessária sob a perspectiva de um direito que se pretenda humanista e emancipatório.

A informação, nesse contexto, representa um mecanismo de controle e prevenção do superendividamento, desde que esteja devidamente regulamentada e de acordo com regras que sejam suficientes para que o conteúdo passado aos consumidores ofereça o conhecimento necessário para a escolha consciente de determinado produto ou serviço.

A proteção especial em virtude da vulnerabilidade do consumidor no mercado requer que o fornecimento de informações seja encarado como um dever dos fornecedores de produtos e serviços, sem o qual seria impossível estabelecer uma relação de confiança entre consumidores e fornecedores.

O superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, nesse cenário, pode ser compreendido como um risco decorrente da sociedade de consumo massificada, que explora o crédito através da captação de clientes que não possuem condições econômicas e técnicas de gerenciar determinada modalidade de crédito, agravando a vulnerabilidade desses consumidores e apontando para necessidade de uma legislação específica para o tema.

Compreender o superendividamento como um risco da sociedade de consumo significa analisar como a exploração do mercado financeiro, principalmente a oferta de crédito, se polarizou sem a devida regulamentação e controle dos poderes públicos.

Nesse contexto, é necessário que se repudie qualquer violência econômica contra os consumidores para, assim, evitar o aumento expressivo da inadimplência, seja na perspectiva individual ou familiar. O superendividamento necessita de políticas públicas eficazes no controle das atividades de crédito e do próprio consumo, através de práticas educativas e do controle da publicidade abusiva.

A perda de capacidades ocasionadas pelo superendividamento leva, reflexamente, a mitigação do próprio acesso a direitos, levando os indivíduos endividados a privações de liberdades que não condizem com a postura de defesa da dignidade humana assegurada pelo Estado Democrático de Direito.

A complexidade da tutela dos indivíduos superendividados corrobora a necessidade de uma legislação específica para o tema no Brasil, sem a qual a defesa dos consumidores que se superendividam restaria prejudicada.

Assim, a exemplo do Código de Consumo Francês, a necessidade de que se realize uma atualização do Código de Defesa do Consumidor pelo Projeto de Lei 283 de 2012 configura etapa necessária à proteção do superendividamento no cenário nacional.

Isto porque a hipervulnerabilidade ocasionada pelo superendividamento do consumidor requer proteção especial a esses indivíduos, na medida em que perda da capacidade de consumo faz com que tais consumidores se distanciem do acesso aos padrões mínimos para a manutenção da vida, tais como os gastos mensais básicos com alimentação, moradia, saúde e transporte.

Esse cenário de diminuição significativa da capacidade de consumo faz surgir a necessidade de proteção para a manutenção das condições básicas de subsistência dessas famílias que se encontram em situação de inadimplência, garantindo a preservação da dignidade humana, frentes as desigualdades materiais existentes no mercado.

Assim, a compreensão do acesso ao crédito como direito fundamental justifica-se (a) como garantia de acesso aos bens jurídicos primários, indispensáveis para a manutenção da

vida; (b) como norma protetiva contra o superendividamento do consumidor e contra as práticas agressivas de concessão irrestrita de crédito; (c) como direito fundamental atribuído em virtude da proteção do consumidor frente às assimetrias do mercado; (d) como imperativo de tutela do Estado e, finalmente, (e) como decorrência da própria proteção do consumidor assegurada pela Constituição e pela necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado democrático de direito.

Como reflexo do direito fundamental de acesso ao crédito, o dever fundamental dos fornecedores revela a necessidade de se assegurar garantias protetivas aos consumidores, impondo condutas objetivas no momento de celebração dos contratos de consumo e vinculando a própria atividade lucrativa do particular à manutenção da qualidade de vida dos consumidores, através de mecanismos que evitem o rebaixamento da dignidade desses sujeitos, uma vez que o lucro também cumpre uma função social.

Por fim, o estabelecimento do princípio do crédito responsável revela a ampla necessidade de uma norma capaz de irradiar os seus valores as complexas relações de consumo que se configuram na pós-modernidade, garantindo que aqueles sujeitos vitimados pelo mercado não sejam também excluídos pelo Direito.

A necessidade de se imprimir padrões de eticidade e de alteridade nas relações de consumo consubstancia a possibilidade de um princípio que valore as relações de crédito, impondo responsabilidades e critérios de solidariedade na relação entre contratante e contratado, a construção de um direito emancipatório depende da concretização desses valores pelo princípio do crédito responsável.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).
- AMORIN, E.; GALASTRI, L.; GALVÃO, A.; GOMES E SOUZA, J. **Capitalismo: crises e resistências.** São Paulo: Outras expressões, 2012.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros.** 3^a. São Paulo: Landy editora, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. **Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no Direito do Consumidor e a possibilidade de aplicação do Diálogo das Fontes entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002.** In: MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** São Paulo: Paulus, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. **A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).
- BENJAMIN, Antonio Herman V. **O controle jurídico da publicidade.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 58. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).
- BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Cláudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e poder.** São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra.** São Paulo: Manole, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10^a ed. Brasília: Editora UnB, -.
- BOURGOIGNIE, Thierry. **A política de proteção do consumidor: desafios à frente.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.
- BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105 de 16 de março de 2015.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUTZKE, Luciana; THEIS, Ivo Marcos. **O paradoxo da geografia no capitalismo mundializado: revisitando a lei do desenvolvimento desigual e combinado.** In: AMORIN, E.; GALASTRI, L.; GALVÃO, A.; GOMES E SOUZA, J. Capitalismo: crises e resistências. São Paulo: Outras expressões, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2009.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CATALAN, Marcos. **O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro.** Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. RT, maio-junho/2013.

CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara grillo Coutinho Leonardo da. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário.** Revista de Direito do Consumidor, n. 76, São Paulo: Ed. RT, outubro-dezembro/2010.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima (Coords.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COURTS, United States. **The Discharge in Bankruptcy.** Disponível em: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/DischargeInBankruptcy.aspx>. Acessado em: 20 de julho de 2015.

DANTAS, Adelmiro. **A plenitude do ordenamento jurídico – o problema da lacuna – analogia – princípios gerais do direito.** In: LOTUFO, Renan. Lacunas do ordenamento jurídico. São Paulo: Manole, 2005.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin.** In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do Direito Civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: *drittewirkung* dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Madri: Editorial Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível).** Revista de Direito do Consumidor, n. 98, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção.** Coimbra: Coimbra, 1994.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2003.
- FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. **Sobreendividamento, a outra face do crédito.** In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FRANÇA. **Code de la consommation.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 07 de agosto de 2015.
- GAULIA, Cristina Tereza. **O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).
- GENTILI, Pablo. **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial.** 5^a ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil: les obligations, le contrat.** v.1. Paris: L.G.D.J.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GREGORI, Maria Stella. **O novo paradigma para um capitalismo de consumo.** Revista de Direito do Consumidor, n. 75, São Paulo: Ed. RT, julho-setembro, 2010.

GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo.** São Paulo: Vida Nova, 2008.

HART, Herbert. L.A. **O conceito de direito.** 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 15^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HARVEY, David. **Os limites do capital.** São Paulo: Boitempo, 2013.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad contractual.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et integration: le droit international privé postmodern – Cours general de droit internacional privé.** Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=QE8x11t6jCUC&pg=PA246&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acessado em: 18 de junho de 2015.

JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado (1997). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS.** Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>. Acessado em: 17 de junho de 2015.

JOBIM, Maria Luiza Kurban. **Estados Unidos e o sistema do Fresh Start: o “Discharge” (perdão) previsto pela Seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências.** Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio-junho, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas.** Revista de Direito do Consumidor, n. 65, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março, 2008.

KÜMPEL, Siegrifier. **Proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1

LIMA, Clarissa Costa de. **O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

LIMA, Clarissa Costa de. **O Mercosul e o desafio do superendividamento.** Revista de Direito do Consumidor, n. 73, São Paulo: Ed. RT, janeiro-março, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos.** Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **Sedução, publicidade e pós-modernidade.** In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. *A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.* 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista.** São Paulo: Companhia das letras, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Obrigação de informar.** São Paulo: Almedina, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La relación de consumo: conceptualización dogmática em base al derecho del mercosur.** Doutrinas essenciais de direito do consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LOTUFO, Renan. **Lacunas do ordenamento jurídico.** São Paulo: Manole, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** 14 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Direito à informação nos contratos relacionais de consumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?** In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos.** Revista de Direito do Consumidor, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de créditos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.** In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3).

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais.** Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25251/1/NE14_artigo2.pdf?ln=pt-pt. Acessado em: 23 de novembro de 2015.

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

MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.** 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **A lei de anistia e a imposição ‘consensual’ do sigilo quanto aos anos de chumbo.** In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor.** In: MARTINS, F. R.; LOTUFO, R. **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público.** 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, F. R.; LOTUFO, R. **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 94, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MORIN, Edgar. **A comunicação pelo meio (teoria complexa da comunicação).** In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da. **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário.** 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética.** Porto Alegre: Sulina, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MUNÓZ, Maria Paula Costa Bertran. **Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito.** Revista de Direito do consumidor, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2009.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional).** 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2007.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown & Co., 1972.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10^a. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2^o ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.** Rio De Janeiro: Renovar, 2003.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo.** 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. **Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

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

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Direito do consumidor e a Constituição Federal de 1988 – 15 anos depois.** In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.* Rio De Janeiro: Renovar, 2003.

SOARES, Ardyllis Alves. **Conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – resumo e conclusões finais.** Revista de Direito do Consumidor. . Revista de Direito do consumidor, n. 89, São Paulo: Ed. RT, setembro-outubro, 2013.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STIGLITZ, Gabriel. **O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho.** 2^a. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo.** Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009

VIAL, Sophia Martini. **A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico.** Revista de Direito do Consumidor, n. 88, São Paulo: Ed. RT, julho-agosto/2013.

WALLERSTEIN, Immanuel. **A reestruturação capitalista e o sistema-mundo.** In: GENTILI, Pablo. *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial.* 5^a ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.